Das Recht der Personensorge für Kinder geschiedener Ehegatten

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

HANS HEINRICH NISSEN
Referendar in Hamburg

Druck von Paul Funk, Berlin SW 48, Friedrichstr. 231

Referent: Professor Dr. A. B. Schmidt
Mündliche Prüfung: 27. Februar 1929.

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: Einleitung und Geschichte Seite

§ 1. Einleitung. Geschichtliche Entwicklung des Begriffs der elterlichen Gewalt. Ihr Umfang und Inhalt nach dem BGB 7

Zweiter Teil: Regelung des Personensorgerechts nach geschiedener Ehe für den Normalfall: § 1635 I 1.

§ 2. Voraussetzungen der Anwendung des § 1635 12

§ 3. Anwendung des § 1635. Ergebnis und Wirkungen . . . 21

§ 4. Dauer der in § 1635 getroffenen Regelung 23

Dritter Teil: Die abweichende Anordnung des Vormundschaftsgerichts: § 1635 I 1.

§ 5. Grundlagen und Voraussetzungen dieser Bestimmung: Besondere Gründe im Interesse des Kindes 26

§ 6. Weitere Prüfung vonseiten des Vormundschaftsgerichts: Die Verhältnisse des bisher nicht Fürsorgeberechtigten 34

§ 7. Uebertragung der Personensorge auf einen Dritten . 35

§ 8. Verfahren bei der abweichenden Anordnung 38

Vierter Teil: Reform des § 1635 und Erziehungsverträge.

§ 9. Reform des § 1635 II BGB. Uebertragung der vollen elterlichen Gewalt auf den nach der Scheidung Sorgeberechtigten 41

§ 10. Reform des § 1635 I BGB 43

§ 11. Zur Frage der Rechtsgültigkeit und späteren Zulassung von Erziehungsverträgen 44

§ 12. Grundidee der Reform des § 1635, I BGB: Entscheidung der Kinderzuteilung nach der Erziehungsfähigkeit . . . 50

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher und Kommentare.

André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder, Marburg 1905.

Bergmann, Alexander Dr., Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht I—II, Berlin 1926.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 7/8, Aufl., Jena 1924.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Band, Tübingen 1908.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechtes, Wien-Leipzig 1925.

Danziger, Verträge zwischen Eltern über die Sorge für die Person ihrer Kinder, Leipzig Diss. 1908.

Dalloz, Codes annotés, Nouveau Code Civil, Paris 1900/05.

Davidson, Das Recht der Ehescheidung nach dem BGB, Berlin 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens 4. Band, Halle 1903.

Egger, Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, 2. Band, Zürich 1914.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8/9. Aufl., Berl. 1908.

Engelmann, Das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung, München, Berlin u. Leipzig 1922.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Band IV, 18./20. Aufl., Marburg 1928.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Band, Marburg 1899.

Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß, Berlin 1900

Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50j. Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des Wirkl. Geh. Rats Dr. Richard Koch, Berl. 1903.

FischerHenle, BGB nebst Einf. Ges. 13. Aufl., München 1927 (10. Auflage 1919).

Fraenkel, Das Familienrecht des BGB für das Deutsche Reich, Hannover 1898.

Gehring, Elterliche Personengewalt und Vertrag nach BGB, Rechtswissensch. Studien, Heft 9, 1920.

Haidlen, BGB. nebst Einf. Ges., 3. Band, Stuttgart 1897.

Jenks, A Digest of English Civil Law, Secd. Ed. London 1921.

Klink, Die Reformbestrebungen i. Ehescheidungsrecht, Berlin 1928.

Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem BGB., Berlin 1899.

Lehmann, Familienrecht des BGB, Berlin u. Leipzig 1926.

Lindemann-Soergel, BGB nebst Einf. Ges., Berlin-Stuttgart-Leipzig 1921.

Munk, Marie Dr., Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt nebst Gesetzentwurf, Berlin 1923

Neumann, Handausgabe des BGB, 5. Aufl., Berlin 1909.

Opet, Das Verwandtschaftsrecht des BGB für das Deutsche Reich, Berlin 1899.

Opet-v. Blume, Das Familienrecht des BGB, Berlin 1906.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, Nördlingen 1887.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst E. G., IV. Band, 3. Aufl., Berlin 1906.
Roch, Verträge über Ehescheidungsfolgen, Berlin 1926.
Rosenberg, Dr. Curt, Ehescheidung und Eheanfechtung, Berlin 1926.
Sauer, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht, München und Berlin 1909.
Sohm, Institutionen des Römischen Rechts, 3. Aufl., Leipzig 1888.
Schmidt-Hedemann-Fuchs, Familienrecht, I. Abschn., erläutert von Arthur B. Schmidt, München 1907.
Staudingers Kommentar z. BGB und dem E. G., 4. Band, Familienrecht, 1.—2. Teil, 7.—8. neu bearb. Aufl., München- Berlin-Leipzig 1913, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1926.
Stobbe-Lehmann, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Band 4, III. Aufl., Berlin 1900.
Traumann, Dr. Friedrich, Das Ehescheidungsrecht der Zukunft, Berlin 1920.
Vogt, Zum Ehescheidungsproblem in Hans. RGZ 41 (1920), Beibl. 3, S. 13 ff.
Vogt, Zur Umbildung des Ehescheidungsrechts in Gruchot, Beitr. 65, 659 ff

II. Entscheidungen und Zeitschriften.

Annalen des Sächsischen Oberlandesgerichts Dresden (Sächs. OLG).
Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen u. Leipzig (Arch. civ. Pr.).
Deutsche Juristen-Zeitung, Berlin (D. J. Z.).
Deutsche Richter-Zeitung (D. R. Z.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG).
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Berlin (K. G. J.).
Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammegestellt im Reichsjustizamt.
Hanseatische Rechtszeitschrift (Hans. R. Z.).
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Berlin (Gruch. Beitr.).
Juristische Wochenschrift, Leipzig (J. W.).
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, München-Berlin-Leipzig (L. Z.).
Das Recht, Berlin (Recht).
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Leipzig (OLGE).
Sammlung von Entscheidungen des obersten Landesgerichtes für Bayern in Gegenständen des Zivilrechts, München (Bay. Ob. L. G.).
Warneyer, Die Rechtsprechung des R. G. auf dem Gebiete des Zivilrechts, Leipzig (Warn. Rspr.).
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, Leipzig (Zentr. Bl. F. G.).

I. Teil

Einleitung

§ 1. Aufgabe des Rechts ist es, kraft der Autorität, die ihm gegeben ist, bestimmte Beziehungen zwischen den Menschen zu regeln. Aber nicht nur das vom Staat gesetzte Recht ist es, das die Menschen in ihren Beziehungen zueinander leitet. Für das Verhalten der Menschen sind vielmehr, und das in überwiegendem Maße, Sitte, ethische und religiöse Anschauungen bestimmend. Ist so nur ein verhältnismäßig kleiner Teil der menschlichen Lebensbetätigungen der Herrschaft des Rechts unterworfen, so muß es doch vornehmste Aufgabe des Rechts sein, mit seinen Bestimmungen im Einklange zu stehen mit den kulturellen, wirtschaftlichen, sittlichen und religiösen Anschauungen der Staatsbürger. Dieser Aufgabe gerecht zu werden, ist außerordentlich schwierig, wenn nicht gar oft unmöglich; die Forderung bleibt aber dennoch bestehen. Letzteres gilt insbesondere für diejenigen Rechtsgebiete, in denen das Recht menschliche Beziehungen regeln muß, die zutiefst im Seelenleben des Einzelnen begründet und daher fast in jedem Falle anders gelagert sind. Größtmöglichste Individualisierung ist hier geboten. Wenn der Staat trotzdem Rechtsnormen schafft, die nur auf einen normal gelagerten Fall passen, so greift er hier im Interesse der Rechtsordnung ein, die sowohl den eigensten Interessen des Staates, als dem allgemeinen Wohle seiner Bürger zu dienen bestimmt ist.

Schon in frühester Zeit hat es daher das Recht unternommen, für die familienrechtlichen Beziehungen der Menschen untereinander grundsätzliche Bestimmungen zu schaffen. Diese Beziehungen beruhen einerseits auf dem Verhältnis von Ehegatten zueinander, andererseits auf dem Bande, das durch Zeugung und Geburt zwischen Eltern und Kindern geknüpft wird. Die Rechtsnormen, die diese Beziehungen regeln, müssen sich, wie kaum andere Rechtssätze in diesem Maße, stets anlehnen an den Stand der kulturellen Entwicklung; diese aber ist begründet in der Geschichte.

Es würde im Rahmen dieser Darlegung zu weit gehen, eingehend den Lauf der Entwicklung der Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern zu schildern. Nur ein kurzer Ueberblick sei daher gegeben.

Das römische Recht schuf den Begriff der patria potestas, die dem Vater in ältester Zeit das ius vitae ac necis über das Kind verlieh. In der Kaiserzeit hatte der Vater das Verkaufs- und Tötungsrecht nicht mehr. Die persönliche Freiheit des Kindes war aber, und zwar, solange der Vater lebte, außerordentlich beschränkt. Ebenso rechtlos war des Kindes Stellung in vermögensrechtlicher Hinsicht. Alles, was es erwarb, erwarb es ursprünglich nur für den Gewalthaber, das Kind entbehrte also der eigenen Vermögensfähigkeit[1]). Später wurde diese Fähigkeit durch die Institute des peculium castrense, peculium quasi castrense und des peculium adventitium teilweise anerkannt. An diesen Vermögensgegenständen hatte das Kind freies Eigentum.

Der Mutter waren im römischen Recht keinerlei Rechte am Kinde gegeben.

Auch im deutschen Recht mag ursprünglich der Vater die unumschränkte Gewalt besessen haben[2]). Die Munt, die im allgemeinen der patria potestas des römischen Rechts entspricht, bezeichnet in seiner Entwicklung bald ein Schutzrecht und eine entsprechende Schutzpflicht. Im Gegensatz zum römischen Recht ging das germanische Recht sodann von der Vermögensfähigkeit des Kindes aus, unterwarf das Erworbene aber der Nutznießung und Verwaltung des Vaters. Die Munt erlosch, — das ist ein wichtiger Unterschied gegenüber der patria potestas, — bei Haussöhnen mit der wirtschaftlichen Selbständigkeit, bei Haustöchtern mit der Verheiratung.

Im weiteren Gegensatz zum römischen Recht kannte das deutsche Recht außer der patria potestas auch eine Art materna potestas. Mag diese auch in älteren Zeiten wenig hervorgetreten sein, da die Frau selbst einer Vormundschaft (des Mannes oder nach dessen Tode eines Verwandten) unterlag, so wurde mit der wachsenden Selbständigkeit der Frau auch ihre Stellung zu den Kindern einflußreicher. Das Recht und die Pflicht zur Erziehung stand beiden Eltern zu unter Vorherrschaft des Mannes zu seinen Lebzeiten; nach dem Tode des Vaters wurde der Einfluß der Mutter auf die Erziehung des Kindes größer, doch waren ihre weiteren Rechte stark durch den zu bestellenden Vormund eingeschränkt[3]).

Das Allgemeine Landrecht kannte eine väterliche Gewalt, gab aber der Mutter ein Erziehungs- und Sorgerecht neben dem Vater (A. L. R. II, 2 § 74). Am Kindesvermögen hatte der Vater Nießbrauch und Verwaltungsrecht. (A. L. R. II, 2 §§ 147, 178.)

Das Bürgerliche Gesetzbuch schuf den Begriff der elterlichen Gewalt und berief zu deren Inhaber neben dem Vater auch die

[1]) Sohm, Institutionen, S. 352 f. Czyhlarz, S. 315 ff.
[2]) Stobbe-Lehmann IV § 312 f.
[3]) Stobbe-Lehmann IV, S. 367.

Mutter als Genossin zu gleichem Recht, wenn auch während bestehender Ehe unter Vorrang des Mannes (§ 1634 BGB).

Den Inhalt und Umfang der elterlichen Gewalt bestimmen die §§ 1627, 1630 BGB. Sie umfaßt hiernach das Recht und die Pflicht der Sorge für die Person des Kindes, an welche sich als besondere Aufgabe die Vertretung des Kindes in den seine Person betreffenden Rechtsangelegenheiten anschließt. Sie umfaßt ferner das Recht und die Pflicht der Sorge für das Vermögen des Kindes, welche das Vertretungsrecht des Vaters in Vermögensangelenheiten enthält und mit der Nutznießung am Vermögen des Kindes verbunden ist.

Das Gesetz gliedert also die elterliche Gewalt nach zwei großen Gesichtspunkten: Auf der einen Seite die Sorge für die Person, auf der anderen die für das Vermögen des Kindes, beide umfaßt von der Vertretungsmacht des Vaters, die sich auf persönliche oder vermögensrechtliche Angelegenheiten bezieht.

Unterscheidet so das Gesetz zwei Teile der elterlichen Gewalt, so hat es auch die Voraussetzungen für die Ausübung derselben verschieden geregelt. Während die Sorge für das Vermögen des Kindes außer der rechtlichen Fähigkeit (Geschäftsfähigkeit) rein tatsächliche Voraussetzungen hat — die Befugnis und die tatsächliche Möglichkeit der Ausübung —, hat der Gesetzgeber an die Sorge für die Person außer diesen tatsächlichen rechtlich erheblichere Voraussetzungen geknüpft. Sie lassen sich allgemein dahin fassen, daß der Sorgeberechtigte zur Ausübung dieses Rechts geistig und sittlich fähig sein und auf Grund persönlicher, naher Beziehung dieses Recht ungehindert, unbeeinflußt und uneingeschränkt auszuüben in der Lage sein muß.

Diese Voraussetzungen sind in der Regel gegeben, solange die Ehe der Eltern besteht; während dieser Zeit übt der Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt die Personensorge aus, während der Mutter nur ein Anteil an dieser gegeben ist. Wird aber die Ehe der Eltern getrennt, so sind plötzlich die Voraussetzungen der gemeinschaftlichen uneingeschränkten Ausübung der Personensorge in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung nicht mehr gegeben. Einer oder der andere Elternteil wird, wenn das die Eltern verbindende Band der Ehe getrennt wird, von dem Kinde entfernt sein müssen, da beide Eltern nach Trennung der Ehe nicht mehr, wie während bestehender Ehe im Zusammenwirken (wenn auch unter Vorrecht des Vaters) die Sorge für die Person des Kindes ausüben können.

Muß also durch die Trennung der Ehegatten das Rechtsverhältnis zu den Kindern in bezug auf die elterliche Gewalt eine Aenderung erfahren, so trifft dies nicht so sehr die Vermögenssorge, als vielmehr den Teil der elterlichen Gewalt, der eine nahe Beziehung zu dem Kinde voraussetzt, die Sorge für die Person des Kindes. Die

weitere Durchführung der Vermögenssorge bietet keine derartigen Schwierigkeiten.

Von der allgemeinen elterlichen Gewalt löst sich also der Bestandteil: die Sorge für die Person des Kindes, deren Ausübung nur im bewußten Zusammenwirken beider Eltern denkbar ist.

Wird dieses Zusammenwirken durch eine Trennung der Eltern unmöglich gemacht, so muß die Personensorge anderweitig geregelt werden.

Es erhebt sich also die Frage: welche Veränderung erfährt das Personensorgerecht für das Kind, wenn die Ehe der Eltern getrennt ist?

Das Gesetz gibt den Ehegatten in drei Fällen die Befugnis, voneinander getrennt zu leben:

1. Wenn sich das Verlangen des einen Ehegatten nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, zu der Ehegatten einander nach § 1353 BGB. verpflichtet sind, als ein Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Das gleiche gilt, wenn ein Ehegatte berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen. § 1353 III BGB.
2. Wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben und
3. wenn die Ehe geschieden ist.

a d 1. Für diesen Fall des Getrenntlebens der Ehegatten ist hinsichtlich des Rechts der Personensorge keine gesetzliche Regelung getroffen worden. Dabei kann es, wenn auch bei Neuregelung des Eherechtes eine diesbezügliche Bestimmung zu wünschen wäre, aber auch bewenden, da in diesem Falle die Trennung der Ehegatten meist nur eine vorübergehende ist und es dem Vormundschaftsgericht im übrigen unbenommen bleibt, z. B. dem Vater nach § 1666 BGB. die Personensorge zu entziehen.

Dieser Fall des Getrenntlebens der Ehegatten zeitigt also keine besonderen Wirkungen hinsichtlich der Verteilung der Personensorge.

a d 2. Anders bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Diese ist in der Regel nicht nur vorübergehender Natur, sondern von längerer Dauer, bis entweder auf Grund des die Aufhebung aussprechenden Urteils auf Scheidung geklagt oder die eheliche Gemeinschaft wieder hergestellt wird.

Auf die außerordentlich strittige Frage, ob durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe dem Bande nach aufgelöst wird, soll hier, weil nicht dazu gehörig, nicht weiter eingegangen werden.

Betrachtet soll vielmehr werden, welche Regelung das Gesetz für diesen Fall des Getrenntlebens der Ehegatten getroffen hat. Daß eine solche getroffen werden muß, erhellt ohne weiteres daraus, daß es sich dabei — dem Gedanken des Rechtsinstituts der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft entsprechend — um eine dauernde Trennung der Ehegatten handelt, es sich daher empfiehlt, schon bei

Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft eine Regelung hinsichtlich der Personensorge zu treffen.

Hierfür bestimmt das Gesetz grundlegend im § 1568 BGB.:

„Wird nach § 1575 die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so treten die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ein."

Die Neuregelung der Personensorge ist eine mit der Scheidung der Ehe verbundene Wirkung, Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und Scheidung der Ehe stehen sich demnach hinsichtlich der Regelung der Personensorge vollkommen gleich[4]).

a d 3. Dieser dritte Fall des Getrenntlebens der Ehegatten ist im Gesetz besonders geregelt. Es bedurfte dieser Regelung, denn es erhebt sich damit die Frage: wer soll nun die Kinder erhalten und das Recht ausüben, das eine so nahe Beziehung zum Kinde zur Voraussetzung hat? Es ist ohne weitere Begründung klar, daß in der Regel der Kampf um dies persönlichste aller den Eltern dem Kinde gegenüber zustehende Recht ein heftiger sein muß. Hier sah sich das Gesetz veranlaßt, eine einschneidende Maßregel zu treffen, um, für den Normalfall wenigstens, nacheheliche Streitigkeiten der Eltern um das Kind, die dieses nur ungünstig beeinflussen können, auszuschließen.

Wir können diese Frage dahin formulieren: Wie gestaltet sich das Personensorgerecht für die Kinder nach Scheidung der Ehe bzw. Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft?

---

[4]) Stölzel, Ztschr. f. St. A. Wesen 25, 39. K. G. Recht 1905, Nr. 2793. Matthias, S. 280 Note 4. Schmidt, III b zu § 1568. a. M. Süßkind, Arch. civ. Praxis 91, 419. Im Folgenden wird daher, wenn über die Rechtswirkungen der Scheidung gesprochen wird, die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft einzubeziehen sein.

II. Teil

Regelung des Personensorgerechtes nach geschiedener Ehe für den Normalfall

§ 1635 Absatz 1 Satz 1.

§ 2. Grundlegend zur Beantwortung dieser Frage ist die Regelung, welche das Recht der Personensorge bei Trennung der elterlichen Ehe in § 1635 BGB. erfahren hat:

> „Ist die Ehe aus einem der in den §§ 1565 bis 1568 bestimmten Gründe geschieden, so steht, solange die geschiedenen Ehegatten leben, die Sorge für die Person des Kindes, wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, dem anderen Ehegatten zu; sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Sorge für einen Sohn unter 6 Jahren oder für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn, der über 6 Jahre alt ist, dem Vater zu. Das Vormundschaftsgericht kann eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist; es kann die Anordnung aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist.
>
> Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt."

Nur hinsichtlich der Sorge für die Person des Kindes tritt demnach eine neue Regelung ein, wenn die Ehe der Eltern aus einem der Scheidungsgründe der §§ 1565 bis 1568 BGB. geschieden ist.

Die elterliche Gewalt als solche wird durch die Scheidung nicht berührt. Verliert also z. B. der Vater auf Grund von § 1635, I, 1 das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen, so bleibt ihm insbesondere das Recht und die Pflicht, für das Vermögen des Kindes zu sorgen (§1627 BGB.) und die Nutznießung am Kindesvermögen (§1649 BGB.). Ausdrücklich wird im § 1635 II dem Vater das Recht zur Vertretung des Kindes vorbehalten.

Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Als wesentlichsten Bestandteil enthält sie das Recht und die Pflicht des Inhabers, das Kind zu erziehen.

Erziehung ist die psychische (wenn auch unter Zuhilfenahme physischer Mittel ausgeführte) Beeinflussung des Kindes mit dem Ziele der Charakter- und Geistesbildung[1]). Der Erziehungsverpflichtete ist Inhaber der Erziehungsgewalt. Die Erziehungsgewalt, deren Inhalt gesetzlich nicht bestimmt ist, umfaßt demnach das Recht und die Pflicht, in einer dem Interesse, den Fähigkeiten und Anlagen, sowie den sonstigen Verhältnissen des Kindes entsprechenden Weise für die körperliche, geistige und insbesondere sittliche Ausbildung des Kindes zu sorgen, es zu einem bestimmten Lebensberufe fähig zu machen und zur Erreichung dieser Ziele überhaupt die Handlungen des Kindes zu leiten[2]).

So sagt auch Art. 120 der Reichsverfassung:

> „Die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht[3])."

Zur Erfüllung dieser den Eltern aus ihrem natürlichen Recht erwachsenen Pflichten gehört vor allem, daß die Eltern neben der allgemeinen, häuslichen Erziehung über den regelmäßigen Schulbesuch des Kindes wachen, für den sie verantwortlich sind, daß sie ferner das Kind in der Berufswahl unterstützen und es gegebenenfalls zur Ergreifung eines Berufes zwingen und endlich die Sorge um die religiöse Erziehung des Kindes. Letztere ist nach langen Kämpfen durch das Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921 für das ganze Reich einheitlich geregelt. Nach § 1 dieses Gesetzes entscheidet die freie Einigung der Eltern über die religiöse Erziehung des Kindes, soweit ihnen das Recht zusteht, für die Person des Kindes zu sorgen; kann eine Einigung nicht erzielt werden, so kann die Vermittlung und Entscheidung des Vormundschaftsgerichts beantragt werden; für diese Entscheidung sollen die Zwecke der Erziehung maßgebend sein[4]). Gemäß § 5 steht dem Kinde nach Vollendung seines 14. Lebensjahres die Entscheidung darüber zu, welches religiöses Bekenntnis es annehmen will. Hat das Kind sein 12. Lebensjahr beendet, so kann es wider seinen Willen nicht in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden[5]).

Es steht den Eltern zur Erreichung aller dieser vielfältigen Ziele der Erziehung das Recht zu, geeignete Zuchtmittel anzuwenden; diese aber nur, soweit sie die Gesundheit des Kindes nicht gefährden. Notfalls muß den Eltern auf Verlangen das Vormundschaftsgericht mit

---

[1]) Enneccerus-Kipp-Wolff, II, 2, S. 312.
[2]) Motive, IV, S. 750.
[3]) vergl. auch R. G. f. Jugendwohlfahrt, § 1 I.
[4]) Bayer, O. L. G., Bd. 23, S. 83.
[5]) vgl. hierzu: Engelmann, Das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung, Perels in L. Z., 1921, S. 637 ff., 665 ff.

gerichtlichen Zuchtmitteln (Verwarnung, zwangsweise Zurückbringung) zur Hilfe kommen.

Zur Erziehung gehört auch die Sorge für die körperliche Pflege des Kindes.

Erste Bedingung für die Ausübung der Erziehungsgewalt ist naturgemäß die Möglichkeit, uneingeschränkt über das Kind zu verfügen und es in jeder Richtung frei beeinflussen und leiten zu können. Hierauf gründet sich einerseits das Gewaltverhältnis zwischen den Erziehungsberechtigten und dem Kinde, das die Pflicht der Erziehung des Kindes schafft, andererseits das Recht des Inhabers der Erziehungsgewalt, die Herausgabe des Kindes von jedermann, der es ihm widerrechtlich vorenthält, zu verlangen.

Zum Personensorgerecht gehört schließlich noch das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen[6]). Den Wohnsitz bestimmt immer der Inhaber der elterlichen Gewalt, also in der Regel der Vater[7]).

Dieses so vielgestaltige Rechte und Pflichten bergende Institut der Personensorge, dessen Ausübung stets die persönliche nahe Beziehung zu dem Kinde voraussetzt, muß aus den dargelegten Gründen bei Scheidung der elterlichen Ehe oder Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft eine neue Regelung dahingehend erfahren, daß ein Ehegatte das Kind erhält, oder daß, wenn mehrere Kinder vorhanden sind, diese verteilt werden. Eine gemeinsame Erziehung ist nicht mehr durchführbar; sehr wohl wäre auch denkbar, daß dadurch die Erziehung des Kindes gefährdet, wenn nicht überhaupt in Frage gestellt würde. Mit Scheidung der Ehe fallen eben die Garantien, die in dem Zusammenwirken beider Eltern und in der gegenseitigen Kontrolle derselben liegen, fort[8]). Das Gesetz mußte daher eine Neuregelung der Personenfrage treffen. Hierfür hat es folgende Voraussetzungen für geboten erachtet:

Die Ehe der Eltern muß aus einem der in §§ 1565 bis 1568 BGB bestimmten Gründe, also wegen Verschuldens geschieden sein. Als Scheidung kommt in Gemäßheit § 1564 Satz 2 nur die durch Urteil in Frage.

Hierbei erhebt sich sofort die Frage: Wann ist eine Ehe im Sinne des § 1635 geschieden, mit Erlaß oder Rechtskraft des Scheidungsurteils?

In der Literatur werden hier, da gesetzlich nichts ausdrücklich bestimmt ist, zwei Ansichten vertreten: Die einen wollen die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen schon mit Erlaß des Scheidungs-

[6]) L. Z. 16, 1320.

[7]) Staud, IX. Aufl. zu § 11; Anm. 3 Abs. 2 zu § 1635. Mot. IV, S. 751. Opet-Blume, Anm. 4 zu § 1631; vgl. auch Bay. O.L.G. in L.Z. 1916, 370 Nr. 1. K.G. in O.L.G.E., 41, 59, Anm. 1.

[8]) Mot. IV, S. 625—626.

urteils eintreten lassen, während die anderen der Ansicht sind, daß der Eintritt der Rechtsfolgen eines Scheidungsurteils an dessen Rechtskraft gebunden ist[9]).

Die erstere, deren namhaftester Vertreter Opet ist[10]), begründen ihre Ansicht damit, daß der § 1635 I 1 das Gewicht lediglich auf die Scheidung lege, die nach § 1564 Satz 2 sich schon durch das Urteil als solches vollziehe, während die Auflösung der Ehe allerdings an dessen Rechtskraft gebunden sei.

Hiergegen dürfte einzuwenden sein, daß der § 1564 lediglich die Bestimmung enthält, daß die Scheidung durch Urteil erfolgt. Damit soll aber nicht gesagt werden, daß die Scheidung durch das Urteil als solches erfolgt, sondern vielmehr, daß nach den Bestimmungen des BGB eine Ehe nur auf eine Art, nämlich durch Urteil rechtsgültig geschieden werden kann, nicht etwa durch Ausspruch einer kirchlichen Behörde[11]). Dadurch, daß der Gesetzgeber im folgenden Satz von der Auflösung der Ehe spricht, will er keinen Unterschied machen zwischen „Scheidung" und „Auflösung" der Ehe. Diese beiden Ausdrücke müssen vielmehr einander gleichgesetzt werden. —

Im Zusammenhang hiermit möge bemerkt werden, daß es sich auch kaum empfehlen würde, schon mit Erlaß des Scheidungsurteils die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen, d. h., für den Fall des § 1635, eine Neuordnung der Personensorge-Verhältnisse eintreten zu lassen, denn zwischen Erlaß und Rechtskraft des Urteils ist die Anfechtung desselben zulässig, die, wenn sie geltend gemacht wird, zur Folge haben kann, daß der Schuldigspruch, von dem die normale Regelung nach § 1635 I, 1 abhängig ist, in der höheren Instanz anders lautet, als in der vorangegangenen. Dann müßte gegebenenfalls nochmals über die Zuteilung der Kinder anderweitig entschieden werden.

Dieser Ansicht entsprechend bestimmt auch der § 630 ZPO, daß das Prozeßgericht nach Rechtskraft eines Scheidungsurteils, wenn ein gemeinschaftliches minderjähriges Kind vorhanden ist, dem Vormundschaftsgericht davon Mitteilung zu machen hat. Der Gesetzgeber kann hiermit nur beabsichtigt haben, dem Vormundschaftsgericht die Möglichkeit zu geben und es zu veranlassen, gemäß § 1635 I in eine Prüfung der Verhältnisse einzutreten. Wenn die im § 1635 ausgesprochene Wirkung einer Ehescheidung schon mit Erlaß des Urteils eintreten sollte, so ist nicht einzusehen, warum das Vormundschaftsgericht dann erst nach Rechtskraft des Urteils Nachricht erhalten sollte.

Es ist also dem Willen des Gesetzgebers entsprechend anzunehmen, daß die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen und damit

---

[9]) Staud., Bem. 3 zu § 1564; Lehmann, S. 171; Cosack, II, 2, S. 111, 2a.
[10]) Verwandtschaftsrecht, S. 320.
[11]) Schmidt Vorbem. II, 3 zu § 1564 ff.

auch die neue Regelung der Personensorge erst nach Rechtskraft des Scheidungsurteils eintritt.

Ist die Ehe somit rechtskräftig geschieden, so hat das Gesetz des weiteren in § 1635 bestimmt, daß eine Verteilung der Kinder gemäß dieser Bestimmung nur in Frage kommt, wenn die Ehe „aus einem der in den §§ 1565 bis 1568 bestimmten Gründe" geschieden ist.

Diese Gründe sind: Ehebruch, Lebensnachstellung, bösliche Verlassung, schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten. Der Fall des § 1569, der Scheidung wegen Geisteskrankheit, kommt also für § 1635 nicht in Betracht. Für diesen Fall gelten hinsichtlich der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes die allgemeinen Bestimmungen. Wird also die Ehe wegen Geisteskrankheit der Frau geschieden, so verbleibt dem Manne die Sorge im vollen Umfange, wird die Ehe wegen Geisteskrankheit des Mannes geschieden, so greifen folgende Erwägungen Platz: Die elterliche Gewalt des geisteskranken Vaters ruht gemäß § 1676 Abs. 1 BGB. Es kommt demnach die Vorschrift des § 1685 II zur Anwendung, d. h. die Mutter kann unter den Voraussetzungen: 1. daß die elterliche Gewalt ruht, 2. keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde, 3. auf ihren Antrag beim Vormundschaftsgericht, die volle elterliche Gewalt erhalten[12]).

Die im § 1635 I, 1 getroffene Regelung für den Normalfall hat zur weiteren Voraussetzung, daß beide Ehegatten sich zur Zeit der Ehescheidung im Vollbesitz der elterlichen Gewalt befinden. Ist dies nicht der Fall, so ändert sich die Verteilung der Personensorge; es finden dann neben der Bestimmung des §1635 I, 1 die allgemeinen Grundsätze über die elterliche Gewalt (des Vaters und der Mutter) Anwendung.

Bevor wir zur Betrachtung dieser weiteren Modifikationen übergehen, müssen wir uns noch kurz über die rechtliche Bedeutung der Bestimmung des § 1635 I, 1 klar werden.

Es heißt im § 1635 BGB: „Die Sorge für die Person „s t e h t" dem Elternteil, der unschuldig an der Scheidung ist, „z u". Damit bringt das Gesetz klar und deutlich zum Ausdruck, daß es dem unschuldigen Ehegatten einen privatrechtlichen Anspruch auf die Kinder geben will. Da somit ein Anspruch des unschuldigen Ehegatten formuliert wird, der evtl. im Klagewege verfolgbar ist[13]), so ist auch nicht das Einschreiten einer Behörde vonnöten; mit Rechtskraft des Scheidungsurteils vollzieht sich eine Umgruppierung des den beiden Eltern bisher gemeinsam zustehenden Rechts der Personensorge zugunsten des im Scheidungsurteil für unschuldig erklärten Ehegatten. Die in § 1635 gesetzte Ordnung will aber nur das Verhältnis der geschiedenen Ehegatten untereinander in Ansehung der Personensorge regeln,

[12]) Enneccerus-Kipp-Wolff II, 2 § 83, 3 b; a. M. Cosack II, § 341 2 c.
[13]) Planck, Anm. 7 zu § 1632. Staud, Anm. 3 zu § 1632.

nicht dem einen Teil das Sorgerecht im Verhältnis zu den Kindern ein für allemal nehmen. Das Gesetz will das Sorgerecht des einen Ehegatten nur auf solange einschränken, als das bessere Recht des anderen Gatten besteht und vorgeht. Es handelt sich also um eine Neuabgrenzung der Gewaltenhemmung.

Diese Ueberlegungen sind von Bedeutung für die Fälle, in denen der nach § 1635 sorgeberechtigte Elternteil infolge Verhinderung oder wegen Ruhens der elterlichen Gewalt nicht in der Lage ist, das ihm an sich zustehende Recht der Personensorge auszuüben. In diesen Fällen dehnt sich die um das Personensorgerecht beschränkte elterliche Gewalt von selbst auf die Sorge wieder aus, ohne daß es dazu eines Uebertragungsaktes bedürfe[14]).

Von diesen Modifikationen wird im Folgenden zu reden sein. Sie ergeben sich, wie schon angedeutet, wenn ein Ehegatte im Zeitpunkt der Scheidung sich nicht im Vollbesitz seiner elterlichen Gewalt befindet. Im Einzelnen erheben sich daraus folgende Fragen:

I. Wer erhält die Sorge für die Person des Kindes, wenn der Vater die elterliche Gewalt im Zeitpunkt der Ehescheidung verwirkt hat?

Die elterliche Gewalt des Vaters wird verwirkt:

wenn er wegen eines am Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zu Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens 6 Monaten verurteilt worden ist. § 1680 BGB.

Die Verwirkung der elterlichen Gewalt tritt mit der Rechtskraft des Strafurteils ein, ohne daß es eines dahingehenden Ausspruchs des Strafrichters oder eines Einschreitens des Vormundschaftsgerichts bedarf[15]).

Ist das Verbrechen nur an einem von mehreren Kindern begangen, so verwirkt der Vater die elterliche Gewalt nur gegenüber dem Kinde, das Objekt der strafbaren Handlung war[16]).

Hat der Vater im Zeitpunkt der Scheidung die elterliche Gewalt verwirkt, so steht der Mutter, ohne Rücksicht auf den Schuldigspruch des Scheidungsurteils die elterliche Gewalt über das Kind zu, das Objekt der vom Vater begangenen strafbaren Handlung war. (§ 1684, Ziff. 3 BGB). Wird daher die Mutter für allein schuldig erklärt und hat der Vater in Bezug auf ein Kind die elterliche Gewalt verwirkt, so erhält die Mutter dieses Kind, obwohl sie für schuldig erklärt worden ist und nach § 1635 kein Kind zu verlangen hat[17]).

War die elterliche Gewalt schon während bestehender Ehe verwirkt, so erhielt die Mutter nicht ipso iure die elterliche Gewalt, sondern es mußte ein Vormund bestellt werden, neben dem die Mutter

---

[14]) Recht 1905, S. 511. Mot. IV, S. 627.
[15]) Mot. IV, S. 839.
[16]) Fränkel, S. 126, Note 1.
[17]) Staud, IX. Aufl., § 1635 III A 3 Abs. 3.

gemäß § 1698 BGB an der Sorge für die Person des Kindes teilnahm. Mit Rechtskraft des Scheidungsurteils ist das Amt des Vormundes beendet, einer besonderen Erwerbshandlung der elterlichen Gewalt durch die Mutter bedarf es nicht.

Das Gesagte gilt nur für die Kinder, bezüglich derer die elterliche Gewalt des Vaters verwirkt ist; hinsichtlich der übrigen greift, wie im Normalfall, die Vorschrift des § 1635 I, 1 Platz.

Eine weitere Aenderung der in § 1635 vorgesehenen Regelung ergibt die Frage:

II. Wem steht das Recht der Sorge für die Person des Kindes zu, wenn die elterliche Gewalt des Vaters zurzeit der Ehescheidung ruht?

Die elterliche Gewalt des Vaters ruht:

a) wenn der Vater in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder geschäftsunfähig ist (§1676 BGB), oder wenn er wegen körperlicher Gebrechen seine Angelegenheiten nicht selbst besorgen kann (§ 1676 II) und daher gemäß § 1910 I einen Pfleger erhalten hat.

b) wenn vom Vormundschaftsgericht festgestellt wird, daß der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist (§ 1677 BGB).

Während des Bestehens der Ehe übt, wenn der Vater geschäftsunfähig oder an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist, die Mutter die elterliche Gewalt, mit Ausnahme der Vermögenssorge, aus. § 1685 I BGB.

Ist dagegen, während Bestehens der Ehe, der Vater nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder ruht die elterliche Gewalt wegen körperlicher Gebrechen, so verbleibt dem Vater ein Anteil an der Personensorge ähnlich dem der Mutter nach § 1634 zustehenden Anteil. Dem Vater bleibt auch in diesem Falle die Vermögenssorge. Bei Meinungsverschiedenheiten geht die Meinung der Mutter vor; der umgekehrte Fall des § 1634 BGB[18]).

Es liegen keine Bedenken vor, in dieser Weise der Mutter während der Dauer der Ehe die elterliche Gewalt zu übertragen, da eine Gefährdung der Kinder, wie bei Verwirkung der elterlichen Gewalt des Vaters, nicht in Frage kommt.

Nach Auflösung der Ehe durch Scheidung — die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft steht auch in diesem Falle dieser gleich[19]) — ist die Mutter nicht weiter zur Ausübung der elterlichen Gewalt berechtigt. Es müßte daher § 1635 I 1 angewendet werden.

1. Ist der Vater im Scheidungsurteil für schuldig erklärt worden, so kann er die elterliche Gewalt nicht ausüben, denn sie ruht. Der

---

[18]) v. Blume, Anm. 1 zu § 1676.

[19]) Planck, Bem. 2 b zu § 1685; v. Blume, Bem. 3 zu § 1685; R.G.R.Kom. Bem. 2 zu § 1685; Neumann, Note II, 2 zu § 1685; Enneccerus-Kipp-Wolff, § 85, Note 5; a. M. Staudinger, Note 3 b α zu § 1685.

Mutter steht nur gemäß § 1635 I 1 die Sorge für die Person der Kinder zu. Nur in Ausnahmefällen ist der Uebergang der Ausübung der vollen elterlichen Gewalt auf die Mutter zugelassen. Der öftere Wechsel der elterlichen Gewalt würde hier, da nicht zu erwarten ist, daß die geschiedenen Ehegatten die Erziehung einheitlich leiten, große Unzuträglichkeiten zur Folge haben können. Ist jedoch ein Wechsel der elterlichen Gewalt nicht mehr zu besorgen, so hat die Mutter einen Anspruch darauf, daß ihr die elterliche Gewalt übertragen wird. Dieser Fall ist gegeben, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht und keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde und daß die Mutter die Weiterübertragung der elterlichen Gewalt beim Vormundschaftsgericht beantragt (§ 1685 II BGB). Dem Vater verbleibt aber das Recht zum persönlichen Verkehr mit seinem Kinde[20]). — Ist der Grund für das Ruhen der elterlichen Gewalt nur ein vorübergehender, so muß dem Kinde nach § 1773 I ein Vormund bestellt werden, der die elterliche Gewalt ausübt[21]), diese jedoch mit Ausnahme der Personensorge, die der Mutter in Gemäßheit der Bestimmung des § 1635 I 1 allein zusteht.

2. Ist die Mutter in der Scheidung für schuldig erklärt und ruht die elterliche Gewalt des Vaters, so steht zunächst keinem der Ehegatten die elterliche Gewalt zu. § 1635 ist unanwendbar[22]); wird dann nach § 1698, der auch bei Auflösung der Ehe gilt, für das Kind ein Vormund ernannt, so steht der Mutter die Personensorge nur in dem beschränkten Umfange des § 1634 zu[23]). Die Mutter kann die volle elterliche Gewalt aber unter den oben unter 1 dargelegten Voraussetzungen des § 1685 II erhalten. Dieses Ergebnis mag allerdings mit Rücksicht auf das in § 1635 I 1 im übrigen so streng durchgeführte Verschuldensprinzip bedenklich erscheinen. — Mit dem Zeitpunkt, in dem die Uebertragung wirksam wird, endigt sodann gemäß § 1882 kraft Gesetzes die etwa bereits eingeleitete Vormundschaft.

Ist das Ruhen der elterlichen Gewalt nur vorübergehend und die Mutter für schuldig erklärt und kann daher die Mutter gemäß § 1685 II die elterliche Gewalt nicht erhalten, so ist für die Kinder nach Vorschrift des § 1773 ein Vormund zu bestellen, der die gesamte elterliche Gewalt ausübt.

3. Sind beide Teile für schuldig erklärt worden und ruht die elterliche Gewalt des Vaters, so sind hinsichtlich der Söhne über 6 Jahren die unter 2., hinsichtlich der Söhne unter 6 Jahren und der Töchter die zu 1. dargelegten Grundsätze entsprechend anzuwenden.

III. Ist die elterliche Gewalt eines der Elternteile dadurch beschränkt, daß ihm gemäß § 1666 die Sorge für die Person (oder auch

---

[20]) Staudinger, Bem. 4 zu § 1685. a. M. OLG Hamburg in RJA 11, S. 5 ff.
[21]) K. G. J. 30 A 49.
[22]) vgl. JW 1922, S. 306.
[23]) OLGE 43, 370, Anm. 1 a.

für das Vermögen oder die Nutznießung an demselben) entzogen worden ist, so erübrigt sich auch nach der Scheidung eine Neuregelung, denn das Vormundschaftsgericht, dem in § 1635 I 2 ausdrücklich eine abweichende Anordnung vorbehalten ist, hat bereits seine Anordnung getroffen. Die sich hieraus ergebenden Folgen sind einfach. Ist dem Vater nach § 1666 BGB die Personensorge entzogen, so steht diese Entziehung der Verwirkung gleich, die Mutter übt also die Personensorge ohne Rücksicht auf den Schuldigspruch des Scheidungsurteils aus[24]).

Wenn dem Vater außer der Personensorge noch die Vermögenssorge und Nutznießung am Kindesvermögen gemäß § 1666 II entzogen ist, so fällt die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe in ihrer Gesamtheit an die Mutter. Sie erhält somit auch die Vertretung des Kindes[25]).

Zu den Voraussetzungen des § 1635 I 1 gehört es, wie oben dargelegt, daß sich im Zeitpunkt der Ehescheidung b e i d e Ehegatten im Vollbesitz der elterlichen Gewalt befinden. Es muß daher im Folgenden noch kurz betrachtet werden, in welcher Weise das Verwirken, Ruhen oder die Entziehung der elterlichen Gewalt der Mutter auf die Anwendung der Vorschrift des § 1635 I 1 von Einfluß ist.

Eine elterliche Gewalt der Mutter ist, wie wir oben gesehen haben, durchaus gegeben, jedoch ist ihre Auswirkung, abgesehen von einem Anteil an der Personensorge, während der Dauer der Ehe durch das vorgehende Recht des Vaters gehemmt. Auch eine Verwirkung ist demnach denkbar, wie denn überhaupt die für die elterliche Gewalt des Vaters geltenden Vorschriften auf die elterliche Gewalt der Mutter, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, Anwendung finden (§ 1686 BGB).

Wird die elterliche Gewalt der Mutter während der Dauer der Ehe verwirkt, so ist diese Verwirkung infolge der Vorherrschaft des Mannes nicht weiter von Bedeutung. Bedeutung erlangt sie erst mit der Ehescheidung. Wird nämlich der Vater für den schuldigen Teil erklärt und ist die elterliche Gewalt der Mutter verwirkt, so kann die Mutter die ihr nach § 1635 I 1 zustehende Personensorge nicht erhalten. In diesem Falle würde dann der Vater, trotzdem er für schuldig erklärt worden ist, die Personensorge behalten[26]).

Ebenso kann die elterliche Gewalt der Mutter auch ruhen, und zwar aus denselben Gründen, wie beim Vater: wegen Geschäftsunfähigkeit oder tatsächlicher Verhinderung, beschränkter Geschäftsfähigkeit oder wegen körperlicher Gebrechen.

1. Ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen Geschäftsunfähigkeit oder körperlicher Gebrechlichkeit, so steht nach der Schei-

[24]) v. Blume, Anm. 2 c zu § 1635.
[25]) Fischer-Henle, IX. Aufl., Anm. 2 zu § 1773.
[26]) v. Blume, Anm. 5 zu § 1684.

dung dem Vater ohne Rücksicht auf den Schuldigspruch des Urteils die volle elterliche Gewalt zu.

2. Ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit und ist sie unschuldig an der Scheidung, so muß dem Kinde zur Ausübung der Personensorge ein Pfleger bestellt werden; die Mutter nimmt neben diesem an der Sorge teil.

Sind beide Eltern für schuldig erklärt worden und ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen Geschäftsunfähigkeit oder tatsächlicher Verhinderung, so steht diese dem Vater ohne Einschränkung und ohne Rücksicht auf § 1635 I 1 zu; ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit oder körperlicher Gebrechen, so muß ihr — entsprechend dem unter Ziffer 2. Ausgeführten — für die ihr nach § 1635 I 1 zustehenden Kinder zur Ausübung der Personensorge ein Pfleger bestellt werden; die Mutter nimmt aber an der Sorge für das Kind teil.

Ist der Mutter die elterliche Gewalt nach § 1666 ganz oder teilweise entzogen, so werden die Voraussetzungen für eine abweichende Anordnung gemäß § 1635 I 2 in der Regel gegeben sein.

IV. Verwirkt einer der Ehegatten nach Scheidung der Ehe seine elterliche Gewalt oder tritt nachträglich ein Ruhen derselben ein, so gelten, abgesehen von unbedeutenden Abweichungen, dieselben oben für den Fall dargelegten Grundsätze, daß im Zeitpunkt der Scheidung die elterliche Gewalt verwirkt ist, ruht oder anderweitig beschränkt ist.

§ 3. Nach Betrachtung dieser sich aus der Tatsache, daß ein Ehegatte oder beide Ehegatten sich im Zeitpunkt der Scheidung nicht im Vollbesitz der elterlichen Gewalt befinden, ergebenden Modifikationen, seien noch einmal kurz die Voraussetzungen für die Anwendung der Vorschrift des § 1635 I 1 zusammengefaßt[27]). Sie sind:

1. die Ehe muß wegen Verschuldens aus den Gründen der §§ 1565 bis 1568 BGB geschieden (oder aufgelöst) sein.
2. Beide Ehegatten müssen sich im Zeitpunkt der Scheidung im Vollbesitz ihrer elterlichen Gewalt befinden.

Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ergibt die Bestimmung des § 1635 I 1 folgendes:

Ist ein Ehegatte für schuldig erklärt, so erhält der andere Ehegatte die Sorge für sämtliche Kinder.

Sind beide Ehegatten für schuldig erklärt worden, so verteilt das Gesetz die Kinder unter sie nach dem Geschlecht bezw. dem Alter. Und zwar erhält:

die Mutter in jedem Fall die Kinder unter 6 Jahren und immer die Tochter; der Vater stets den Sohn, der über 6 Jahre alt ist.

Ist somit der Vater der an der Scheidung schuldige Teil, so erhält die Mutter, die bisher nur gemäß § 1634 an der Sorge für die Person

[27]) vgl. hierzu die kritischen Betrachtungen S. 22.

des Kindes neben dem Vater teilnahm, nunmehr die volle Sorge für die Person des Kindes. Die Mutter ist damit Inhaberin der Erziehungsgewalt geworden, sie kann als solche den Aufenthalt des Kindes bestimmen, auch steht ihr aus § 1635 das Recht zu, von jedem, auch von dem Vater, die Herausgabe des Kindes zu verlangen[28]). Nur das Recht zur Vertretung des Kindes in den die Person und das Vermögen betreffenden Angelegenheit bleibt dem Vater erhalten. Er muß also zu allen Rechtsgeschäften, die für das Kind getätigt und zu allen Erklärungen, die für dasselbe abgegeben werden sollen, seine Einwilligung geben. Als Beispiele aus dem Familienrecht mögen genannt werden: Einwilligung zur Volljährigkeits-Erklärung (§ 4 II BGB), Einwilligung zur Eheschließung des minderjährigen Kindes (§ 1305 BGB) und schließlich die Vorschrift des § 1747 BGB, nach welcher ein eheliches Kind vor Vollendung des 21. Lebensjahres nur mit Einwilligung beider Eltern an Kindesstatt angenommen werden kann[29]). Aus der Tatsache, daß dem Vater die Vermögensverwaltung verbleibt ,erklärt sich auch, daß die Mutter Unterhaltsansprüche für ihre Kinder gegen den Vater nicht erheben kann[30]).

In diesen und ähnlichen Fällen ist also trotz der Scheidung der Ehe und obwohl dem Vater das Personensorgerecht entzogen worden ist, diesem die Mitwirkung und Entscheidung in den wichtigsten Erziehungsfragen vom Gesetz vorbehalten . Die Folge davon ist, daß der Vater, obwohl er mit Entziehung des Personensorgerechts den inneren persönlichen Zusammenhang mit seinem Kinde in der Regel verloren hat, vom Gesetzgeber berufen ist, in manchen Angelegenheiten, die die Person des ihm entzogenen Kindes meist sehr nahe angehen, ausschlaggebend tätig zu werden. Verweigert er nämlich seine Einwilligung, so hat das zur Folge, daß das für das Kind beabsichttigte Rechtsgeschäft, abgesehen von den wenigen Fällen, in denen die verweigerte Einwilligung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann, nicht zustande kommen kann.

Die Bestimmung des § 1635 II hat sich daher in der Praxis nicht bewährt. Zunächst deshalb, weil es an und für sich schon oft Schwierigkeiten bereitete, persönliche und vermögensrechtliche Angelegenheiten streng zu scheiden. Manche Angelegenheiten sind z. B. gemischter Natur, d. h. persönlicher und vermögensrechtlicher Natur zugleich. Noch häufiger aber sind die Fälle, in denen der für schuldig erklärte Vater, nachdem ihm einmal die Personensorge entzogen worden ist, nicht den geringsten Anteil mehr an dem Wohle des Kindes nimmt. Ja, oft ist sein Aufenthalt nicht zu ermitteln; der Vater muß erst gesucht werden, wenn seine Vertretung in irgendeiner Angelegenheit erforderlich ist. Ist dann sein Aufenthalt ermittelt, dann verweigert der Vater oft grundlos, lediglich aus Haß gegen seine ge-

[28]) Opet, S. 322; Enneccerus-Kipp-Wolff, S. 315.
[29]) Davidson, S. 167.
[30]) OLGE 5, 168 ff.; Seiff. Arch. 55, 292; DJZ 1901, 210.

schiedene Ehefrau, die Ermächtigung zu Rechtsgeschäften, die für das Kind nur Vorteil bringen konnten. — Aber auch im Regelafll, in dem der Vater noch mit dem Kinde verkehrt (ein Recht, welches ihm auf Grund § 1636 BGB nach der Scheidung noch zusteht), gibt ihm das im § 1635 II BGB belassene Vertretungsrecht die Möglichkeit und das Recht, sich andauernd in die Verhältnisse der Frau zu den unter ihrer Sorge stehenden Kindern hineinzumischen und der Mutter, gestützt auf seine Vertretungsbefugnis, über die Erziehung Vorschriften zu machen. Dies tritt besonders hervor, wenn für die Berufsausbildung eines Kindes etwas getan werden muß, wenn einerseits der Vater Geld zur Ausbildung beisteuern, andererseits den Lehrvertrag abschließen muß. Die Praxis der Vormundschaftsgerichte hat mannigfaltige Fälle nachehelicher Zwistigkeiten gezeigt, die in der Belassung des Vertretungsrechts bei dem Vater ihren Grund hatten und der an der Scheidung unschuldigen Frau dauernd Ungelegenheiten brachten. Eine geradezu frauenfeindliche Lösung[31])!

Es dürfte daher empfehlenswert sein, diese Bestimmung de lege ferenda zu ändern[32]).

Beläßt somit das Gesetz, wenn der Vater im Scheidungsurteil für schuldig erklärt worden ist, diesem nur das Recht zur Vertretung des Kindes, so hat es für den Fall der Schuldigerklärung der Mutter folgende Regelung (zu Gunsten des Vaters) getroffen:

Die für schuldig erklärte Mutter verliert auch noch den Anteil an der Personensorge, der ihr gemäß § 1634 BGB zustand. Sie verliert damit aber nicht die elterliche Gewalt, diese besteht noch weiter, tritt aber garnicht in Erscheinung. Erst wenn der Vater gestorben ist, zeigt es sich, daß die Gewalt noch weiter bestanden hat; der Mutter steht dann nach § 1684 Ziff. 1 die volle elterliche Gewalt zu.

§ 4. Es erübrigt sich noch, über die Dauer der durch die Bestimmung des § 1635 I 1 herbeigeführten Regelung zu sprechen. Der § 1635 I 1 selbst bestimmt hierüber folgendes: Die Regelung hat Geltung,

1. solange die geschiedenen Ehegatten leben.

Stirbt derjenige Elternteil, der nach § 1635 I1 zur Personensorge berufen ist, so hört damit die dem anderen Teil auf Grund des § 1635 auferlegte Beschränkung zu bestehen auf und es wächst ihm, ohne Rücksicht auf die Schuldigerklärung des Scheidungsurteils, die ihm entzogene Personensorge wieder zu. Es wird daher so angesehen, als wäre die Ehe erst durch den Tod des Ehegatten aufgelöst worden[33]), ausgenommen den Fall, daß dem Vormundschaftsgericht ein Grund gegebe wäre, gegen den Ehegatten auf Grund vo § 1666 vorzugehe. In letzterem Falle wäre es selbstverständliche Pflicht des Vormundschaftsgerichts, dafür zu sorgen, daß das Kind nicht durch die eingetretene Veränderung gefährdet wird.

---

[31]) Lehmann, S. 174.
[32]) vgl. den IV. Teil dieser Darlegung.
[33]) Mot. IV, 627; RG 62, 289.

Stirbt also der Vater, so steht der Mutter gemäß § 1684 Ziff. 1 BGB die elterliche Gewalt zu, auch wenn die Ehe aus ihrem alleinigen Verschulden geschieden war[34]). Selbstverständlich aber behält das Vormundschaftsgericht die Befugnis, nach Maßgabe des § 1666 dem überlebenden Ehegatten die Sorge zu entziehen, wozu nicht selten in derartigen Fällen Anlaß gegeben sein wird[35]).

Dem Verfasser erscheint diese Bestimmung des § 1684 für viele Fälle in der Praxis nicht unbedenklich. Das Gesetz hat bei dieser Anordnung mehr an diejenigen Frauen gedacht, denen es ein ihnen vom Manne hinterlassenes Vermögen oder eine Pension ermöglicht, sich der Kindererziehung zu widmen. Es hat aber die Fälle nicht grundlegend in Erwägung gezogen, in denen die Ehefrau durch den Tod ihres Ehegatten gezwungen wird, tagsüber einem Erwerbe nachzugehen; Frauen in dieser Lebenslage können sich nicht der Erziehung ihrer Kinder widmen und es ist ihnen einfach unmöglich, die wichtigsten ihnen aus der elterlichen Gewalt erwachsenen Pflichten zu erfüllen. Somit sind in vielen derartigen Fällen die Kinder der Verwahrlosung preisgegeben. — Man wende nicht ein, daß das Gesetz solchen Fällen durch die Möglichkeit der Bestellung eines Beistandes Rechnung getragen habe; das Vormundschaftsgericht erfährt regelmäßig doch erst dann von dem Vorliegen derartiger Verhältnisse, wenn das Unglück bereits geschehen, d. h. die Kinder verwahrlost sind. De lege ferenda würde sich daher eine Bestimmung empfehlen, daß dem Vormundschaftsgericht von jedem Todesfall eines Familienvaters Kenntnis zu geben ist, damit dann sofort zur Ueberprüfung der Verhältnisse und gegebenenfalls zur sofortigen Bestellung eines Beistandes geschritten werden kann. Auf diese Weise würde manchen Verwahrlosungen von Kindern vorgebeugt werden.

Hat die geschiedene Frau sich vor dem Tode ihres Ehemannes wieder verheiratet, so erhält sie nach dem Tode des Mannes nicht die volle elterliche Gewalt, sondern nur die Sorge für die Person des Kindes im Umfange des § 1697[36]).

Elternteil stirbt, endet die im § 1635 Abs. 1 getroffene Neuregelung,

Stirbt die bisher sorgeberechtigte Mutter, so steht die gesamte Sorge für die Person des Kindes dem Manne zu, auch wenn die tatsächliche Sorge gemäß § 1635 I, 1 oder 2 auf die Frau übergegangen war.

Aber nicht nur für den Fall, daß der bisher fürsorgeberechtigte sondern der gleiche Fall tritt ein, wenn das Sorgerecht des bisher fürsorgeberechtigten Elternteils in anderer Weise als durch seinen Tod, etwa infolge Entziehung durch das Vormundschaftsgericht gemäß

---

[34]) Staudinger IX. Aufl. § 1635, 6 Abs. 2.
[35]) Planck, Bem. 2 zu § 1635. Neumann, Note 5 zu § 1635. Knitschky S. 155. Fraenkel S. 135 RG. 102, S. 284 ff.
[36]) RG. 62, 288.

§ 1666 wegfällt. Es fragt sich, ob in diesem Falle ebenfalls die mit der Verwirkung der elterlichen Gewalt wieder frei werdende Sorge für die Person des Kindes dem bisher nicht sorgeberechtigten Elternteil zufällt. Die Meinungen hierüber in Literatur und Rechtsprechung gehen auseinander. Während das Kammergericht[37]) annimmt, daß das Sorgerecht kraft Gesetzes auf den anderen Elternteil übergehe, stellt sich das Oberlandesgericht Hamburg auf den Standpunkt, das Sorgerecht sei in einem solchen Falle durch den Vormund, wenn ein solcher bestellt werde, anderenfalls durch einen Pfleger auszuüben[38]). Die Streitfrage ist vom Reichsgericht dahin entschieden worden[39]), daß der Fall der Verwirkung der elterlichen Gewalt dem Fall des Todes des Sorgeberechtigten gleichzusetzen sei, in beiden Fällen also das Recht der Sorge für die Person des Kindes auf den bisher nicht sorgeberechtigten Elternteil übergehe. Diese Entscheidung erscheint im Hinblick auf das natürliche Elternrecht durchaus richtig; auch der Elternteil, der zunächst nach § 1635 nicht sorgeberechtigt ist, steht dem Kinde immer noch näher, als ein Dritter. Erscheint die Uebertragung des Sorgerechts an den bisher nicht berechtigten Elternteil aus Gründen, die in dessen Person liegen, nicht wünschenswert, so kann diesem allerdings das Sorgerecht nicht übertragen werden. Erst dann wäre eine Pflegerbestellung, wie sie das OLG. Hamburg und Planck für jeden Fall erforderlich halten, am Platze.

Die Dauer der im § 1635 I 1 getroffenen Neuregelung ist weiter beschränkt auf die Zeit

2. solange die Ehegatten geschieden leben.

Mit Wiederherstellung der aufgehobenen ehelichen Gemeinschaft tritt derselbe Zustand, der vor ihrer Aufhebung geherrscht hat, wieder ein. Von irgend einer anderweitigen Regelung kann nicht mehr die Rede sein, da es dieselbe Ehe ist, die vorher bestanden hat, nur zeitweilig aufgehoben gewesen und nun wieder hergestellt worden ist.

Anders, wenn die geschiedenen Ehegatten einander wieder heiraten. Hier wird rechtlich nicht dieselbe Ehe, die vorher bestanden hat, wieder hergestellt, sondern es entsteht eine neue Ehe. Tatsächlich aber wird dadurch dieselbe Verbindung zwischen den Ehegatten wieder hergestellt, wie sie früher bestanden hat. Die Trennung dieses Ehebandes, also rein tatsächliche Gründe, gaben zu der in § 1635 I 1 getroffenen Regelung Anlaß. Sind also rein tatsächlich die Voraussetzungen gegeben, wie sie vor Scheidung der Ehe bestanden, so wird man wohl mit Recht annehmen dürfen, daß nunmehr die Gewaltenverteilung dieselbe wird, wie sie in der früheren Ehe bestanden hat.

[37]) K. G. Recht 05, S. 511. J. W. 1924, 465 ff. ebenso: Staudinger § 1635, 4 Abs. 4, v. Blume, Anm. 5 zu § 1635. Enneccerus-Kipp-Wolff § 83 Anm. 38.

[38]) JW. 1924, 465 ff. ebenso: Planck Anm. 6 zu § 1635. RGR. Kom. Anm. 3 zu § 1684.

[39]) RG. 102, S. 284 ff. Wieruszowski, in JW. 1924. S. 465, Anm. zu 10.

III. Teil

Die „abweichende Anordnung" des Vormundschaftsgerichts

§ 1635 Abs. I Satz 2.

§ 5. Es war der oberste Grundsatz des Gesetzgebers, bei der Neuregelung der Personensorge nach Scheidung der Ehe das Interesse der ehelichen Kinder, nicht etwa das der Eltern, zu wahren. Wenn auch dieser Grundsatz in der schablonenhaften Verteilung der Kinder nach Scheidung der Ehe gemäß § 1635 I 1 nicht durchgeführt erscheint, sondern es dort fast den Anschein haben könnte, daß man die gegenseitigen Interessen der Eltern gegeneinander abzuwägen versucht hat, so erschien doch dem Gesetzgeber die Notwendigkeit vorzuliegen, die Möglichkeit einer von der Normalregelung des § 1635 I 1 abweichenden Verteilung der Personensorge zu geben. Für Vereinfachung der Entscheidung in allen den Fällen, welche in bezug auf die zu schützenden Interessen der Kinder nichts außergewöhnliches zeigen, begnügt sich das Gesetz mit der Bezeichnung gewisser äußerer Merkmale (in erster Linie Schuldigspruch des einen oder beider Ehegatten, in zweiter Alter und Geschlecht der Kinder), welche bei ihnen schlechthin maßgebend sind und nur für diejenigen eigenartigen Fälle, in welchen die Interessen des Kindes bei dem zunächst berechtigten Ehegatten ausnahmsweise zufolge irgend welcher anormaler Umstände den nötigen Schutz nicht finden, gestattet es eine Abweichung von der Bestimmung des § 1635 I 1. Irrtümlich ist es jedoch, anzunehmen, daß durch den § 1635 I 2 die Entscheidung über Kinder aus geschiedenen Ehen allgemein dem Vormundschaftsgericht überwiesen sei. Eine derartige allgemeine und weittragende Regel ist in der erwähnten Bestimmung nicht zu finden. Die Regel ist vielmehr in dem ersten Satze des § 1635 I enthalten, wo die Schuld des einen und die Nichtschuld des anderen Ehegatten als das für die Erziehungsfrage ausschlaggebende Moment aufgestellt wird und damit ein auf dem Prozeßwege verfolgbares Erziehungsrecht des unschuldigen Ehegatten anerkannt wird[1]). Gar oft zwar bietet die im § 1635 I 1 vorgesehene Regelung Gefahr für das Kind, denn nicht immer ist der in der Scheidung für unschuldig erklärte Ehegatte ge-

[1]) RG. 46, 170. vgl. OLGE. 40, 86.

eignet, die ihm nach der Bestimmung des § 1635 I 1 ipso iure zufallende Personensorge auszuüben, und weiter sind Fälle denkbar, in denen schon die Unterbringung des Kindes bei dem nach § 1635 I 1 zuständigen Ehegatten eine schwere Gefahr in sittlicher oder gesundheitlicher Beziehung bedeutet.

Das Gesetz bestimmt, ausgehend von diesen Erwägungen, daher in § 1635 I 2:

> „Das Vormundschaftsgericht kann eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist; es kann die Anordnung aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist."

Das Gesetz fordert also als Voraussetzungen für eine von der Normalregelung des § 1635 I 1 abweichende Anordnung, daß eine solche nur getroffen werden darf, wenn sie aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist. Es findet daher kein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts statt, wenn es sich bei der Person des Kindes lediglich um das Recht der Eheleute gegeneinander handelt[2]). Weiter scheiden damit sofort die Gründe aus, die im Interesse der Eltern, etwa weil es dem einen Elternteil bequemer ist oder er es lieber will, eine abweichende Anordnung begründen könnten. Das Interesse der Eltern kann für die Kindeszuweisung nicht maßgebend sein; sie haben das Personensorgerecht nicht in ihrem, sondern allein in der Kinder Interesse; diese Interessen sind daher ausschlaggebend, die Rechte der Eltern haben zurückzutreten[3]). Andererseits muß für das Kind eine abweichende Anordnung „geboten" sein, d. h., ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts in die Rechtssphäre des zunächst fürsorgeberechtigten Ehegatten muß im Interesse des Kindes unumgänglich notwendig sein[4]). Es genügt daher nicht, wenn das Kind bei dem anderen Ehegatten nur besser untergebracht wäre[5]) oder es nur angenehmer[6]), vorteilhafter oder zweckmäßiger für das Kind wäre[7]), wenn das Personensorgerecht anderweitig geregelt würde. Auch ist eine solche Anordnung nicht zu treffen, wenn andere Mittel zur Verfügung stehen, um die Interessen des Kindes zu wahren, namentlich, wenn sich der Sorgeberechtigte selbst mit der Anwendung dieser Mittel einverstanden erklärt. Dann kann davon, daß eine abweichende Anordnung im Interesse des Kindes geboten sei, keine Rede mehr sein[8]). So ist z. B. eine abweichende Anordnung gemäß § 1635 I 2 möglicherweise dann nicht geboten, wenn der sorgeberechtigte Elternteil selbst sich erbietet, sein Kind

---

[2]) OLGE. 11, 292.
[3]) Recht 1917, 1084.
[4]) vgl. Bay. OLG. 12, 318. OLGE. 24, 25 Anm. 1.
[5]) OLGE. 21, 260 Bay. OLG. 20, 346.
[6]) Seuff. Arch. 67, Nr. 84.
[7]) Recht 1911, 3195. OLGE. 7, 73.
[8]) Bayr. OLGZ. 16, 95. OLGE. 31, 407.

bei dritten einwandsfreien Personen unterzubringen[9]). Ist jedoch in dem Falle, daß der Vater außerstande ist, das Kind zu sich zu nehmen, dieses noch jugendlich, so kann sich seine Maßnahme, es ohne weiteren zwingenden Grund über den Kopf der Mutter hinweg, zu dritten Personen zu geben, als mißbräuchliche und dem Kindesinteresse zuwidergehende Handlung darstellen[10]). Dann wäre das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts zum Zwecke einer abweichenden Anordnung geboten.

Der große und umfassende Gesichtspunkt der Zulässigkeit einer abweichenden Anordnung ist also das Interesse des Kindes. Verlangt dieses Interesse eine Aenderung der bestehenden Verhältnisse, so werden regelmäßig auch besondere Gründe für letztere gegeben sein. Was sind nun „besondere Gründe", die einen Eingriff des Vormundschaftsgerichts nötig machen?

Besondere Gründe sind solche, welche besonders eigenartig und anormal sind und welche nicht im Voraus für alle Fälle im Gesetz haben berücksichtigt werden können, sondern erst durch die konkreten Umstände des Einzelfalles gegeben werden; nicht dagegen solche, welche bei den Fällen des § 1635 regelmäßig vorzuliegen pflegen, nicht allgemeine Erfahrungstatsachen: die Gründe allgemeiner Natur hat das Gesetz schon berücksichtigt[11]), so z. B. daß die kleinen Kinder männlichen Geschlechtes es in der Regel besser bei der Mutter haben. Hierzu rechnen auch die mit der Trennung und der Eingewöhnung in neue Verhältnisse verbundenen Härten und die Furcht des Kindes vor dem unbekannten Vater[12]). Auch daß z. B. ein Kind im jugendlichen Alter zufolge der Einflüsterungen des schuldigen Elternteils den anderen fürchtet, gibt keinen hinreichenden Grund, von der Durchführung der gesetzlichen Regel des § 1635 I 1 abzusehen[13]).

Es muß vielmehr zu den Umständen allgemeiner Art, die vielleicht Zweifel aufkommen lassen könnten, wo das Kind wohl besser untergebracht wäre, ein weiteres entscheidendes Moment, das dem Interesse des Kindes entgegengerichtet ist, hinzukommen: die Gefährdung des Kindes bei der normalen Regelung des § 1635 I 1. Unter „besonderen Gründen" sind somit ungewöhnliche, eigenartige, anormale, das Kind in besonderem Maße schädigende Umstände zu verstehen[14]).

Es muß also jedenfalls, bliebe es bei der Regelung des § 1635 I 1, eine erhebliche Gefährdung des Kindes zu erwarten oder gegeben

---

[9]) Recht 1915, No. 1821.
[10]) KG. in DRZ. 26, No. 804.
[11]) OLGE. 10, No. 16.
[12]) vgl. Bay. Ob. LG. 21, 315. OLGE. 10, 287; 12, 343.
[13]) Recht 1920, No. 97.
[14]) OLGE. 30, 71 ff.

sein[15]). Liegt eine solche Gefahr vor, so erfordert es das für die Regelung aus § 1635 I 2 maßgebende Interesse des Kindes, daß diese Gefahr beseitigt oder wenigstens in hohem Grade gemindert wird.

Besondere Gründe für eine abweichende Anordnung werden daher regelmäßig dann gegeben sein, wenn in der Person des fürsorgeberechtigten Elternteils die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen, wenn er also in schuldhafter Weise das leibliche und geistige Wohl des Kindes dadurch gefährdet, daß er das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt, oder sich eines ehrlosen und unsittlichen Verhaltens schuldig macht.

Während aber der § 1666 ein schuldhaftes Verhalten des Sorgeberechtigten voraussetzt, so ist ein Verschulden des Elternteils, gegen den sich die abweichende Anordnung richtet, nicht erforderlich[16]); in diesem Punkte gerade unterscheidet sich § 1635 I 2 von dem § 1666[17]). Ein weiterer Unterschied des § 1635 von dem § 1666 ist, daß es sich bei letzterem regelmäßig um eine Entziehung des Rechts der Personensorge handelt. Das ist aber bei § 1635 I 2 nicht der Fall. Hier handelt es sich lediglich um eine Uebertragung des Personensorgerechts auf den nach § 1635 I 1 zunächst nicht fürsorgeberechtigten Elternteils, was schon daraus hervorgeht, daß das Vormundschaftsgericht ausdrücklich befugt wird, seine abweichende Anordnung jederzeit wieder aufzuheben. Handelte es sich auch in § 1635 I 2 um eine Entziehung des Personensorgerechts, so wäre eine solche Restitution wohl kaum angängig. Die Zuweisung gemäß § 1635 I 2 braucht nicht einmal in dem Sinne zu erfolgen, daß der nach § 1635 I 1 sorgeberechtigte Elternteil die Personensorge, wenn auch vorübergehend, gänzlich verliert, es kann vielmehr auch angeordnet werden, daß der eine Teil die Fürsorge selbst erhält oder behält, und der andere Teil ein gewisses Aufsichtsrecht nach Art der Stellung eines Beistandes hat[18]). Nicht ausgeschlossen ist es auch, daß die abweichende Anordnung nur hinsichtlich eines oder einzelner von mehreren Kindern getroffen wird[19]). Auch ist das Vormundschaftsgericht berechtigt, zwar die Sorge für die Person im allgemeinen dem Ehegatten zu belassen, dem sie nach § 1635 I 1 zusteht, die Sorge für die religiöse Erziehung aber dem anderen Ehegatten zu übertragen, eine Maßregel, die im Interesse der Stetigkeit der religiösen Erziehung veranlaßt sein kann[20]). Ein derartiger Spielraum ist dem Vormundschaftsgericht für seine abweichende Anordnung gegeben.

---

[15]) vgl. OLGE. 18, 278.
[16]) Bay. Ob. LG. Band 19 A, 318. OLGE. 31, 407. LZ. 1920, 350 No. 2.
[17]) v. Blume, Anm. 4 a 3 zu § 1635.
[18]) Planck, 4 b zu § 1635.
[19]) Staud. Anm. 1 c α zu § 1635.
[20]) Perels in LZ. 1921, S. 624.

Ist somit stets Anlaß für eine abweichende Anordnung gegeben, wenn bei dem nicht fürsorgeberechtigten Elternteil die Voraussetzungen des § 1666 gegeben sind, so werden im übrigen die besonderen Gründe, die im Interesse des Kindes eine solche Anordnung gebieten und gestatten, in den konkreten Umständen des Einzelfalles zu suchen sein.

Diese konkreten Umstände, die die Besorgnis der Gefährdung des Kindes bei dem fürsorgeberechtigten Elternteil rechtfertigen, können einerseits in der Person, andererseits in den häuslichen, sowie wirtschaftlichen Verhältnissen des Sorgeberechtigten gefunden werden. In eine Prüfung dieser Verhältnisse und der Frage, inwieweit diese den Interessen des Kindes zuwiderlaufen, wird also das Vormundschaftsgericht einzutreten haben.

Liegen die besonderen Gründe in der Person des Erziehungsberechtigten, so werden sie meist derart sein, daß dieser seinen Verpflichtungen aus der Innehabung des Personensorgerechts nicht in gehöriger Weise nachkommt oder nachzukommen in der Lage ist. Eine Prüfung derartiger Verhältnisse würde daher, allgemein gesprochen, die Frage zum Gegenstande haben, ob der Erziehungsberechtigte auch erziehungsfähig ist, denn das Personensorgerecht enthält, wie oben dargelegt, als oberste Pflicht die der Erziehung des Kindes. Dabei ist in diesem Zusammenhang besonders zu beachten, daß die Erziehung eines Kindes nicht nur durch tatsächliche Handlungen, sondern auch durch das bloße Vorbild bewirkt wird.

Was zunächst die letztere anlangt, so kommt hierfür in erster Linie in Frage, daß der Sorgeberechtigte allgemein in sittlicher Beziehung zu Beanstandungen Anlaß gibt. Hat er z. B. ohne auf seine noch nicht erwachsenen Kinder Rücksicht zu nehmen, unsittlichen Verkehr im Hause, so gefährdet er damit die Erziehung seiner Kinder. Die Rücksichtslosigkeit, mit der der Sorgeberechtigte sich über die herrschenden Begriffe von Sitte und Anstand hinwegsetzt, läßt besorgen, daß er in gleicher Weise bei Erziehung des Kindes verfahren und daher dessen Sittlichkeit Schaden leiden würde[21]). Wer nicht gewillt oder auch nicht fähig ist, sich innerhalb der Grenzen des nach herrschenden Begriffen sittlich Zulässigen zu halten, ist nicht geeignet, die Erziehung eines Kindes zu leiten[22]). Diese Fälle würden aber in der Regel, da sie meist ein schuldhaftes Handeln zur Voraussetzung haben und das sittliche Wohl des Kindes erheblich zu gefährden geeignet sind, auch eine Entziehung des Personensorgerechts gemäß § 1666 möglich machen. Jedoch ist der Fall denkbar, daß diese Zustände nur vorübergehender Art sind und das Vormundschaftsgericht daher, um zugleich den fürsorgeberechtigten Ehegatten die Folgen seines Handelns spüren zu lassen, das Sorgerecht zunächst dem anderen Ehegatten überträgt.

[21]) Urt. des Bay. OLG. vom 5. XII. 14 in: Recht 1915, No. 561.
[22]) Bay. Ob. LG. 15, 701.

Die persönliche Erziehungsunfähigkeit kann weiter, abgesehen davon, daß der Ehegatte seinen Kindern ein unsittliches Vorbild ist, im allgemeinen darin erblickt werden, daß der Ehegatte so beschränkt ist, daß er nicht geeignet ist, seinem Kinde zu Hause zu raten, zu helfen und es weiterzubilden.

Es darf, auch bei der Regelung des § 1635 I 2, nie vergessen werden, daß das Elternhaus das Fundament der Erziehung und der festeste sittliche Halt für die Kinder ist und sein muß. Wie sehr die Kinder dessen bedürfen, um all' das Schlechte und vielfach Gemeine, das ihnen im Verkehr mit anderen Kindern besonders auf der Straße begegnet, abzustoßen, wird erst besonders deutlich, wenn die Kinder heranwachsen und mit zunehmender körperlicher Reife selbständig denken und handeln lernen und auch wollen. Dann werden von Jahr zu Jahr die Gefahren und an sie von außen herantretenden Verführungen immer größer. Oft kommen, besonders in niederen Schichten, Sittlichkeitsvergehen auch an kleineren Kindern vor; wie leicht wird ein Knabe verführt von anderen, z. B. Diebstähle auszuführen. In all diesen und ähnlichen Fällen bedürfen die Kinder des sittlichen Haltes eines Elternhauses, der sie vor der Gefahr sittlicher Verwahrlosung behüten soll und kann.

Diese feste moralische Stütze, die das Haus des Vaters oder der Mutter als Ganzes dem Kinde bieten soll, hat zur Grundbedingung, daß der Erziehungsberechtigte auch geeignet sein muß, das Kind zu leiten, es zum Gehorsam zu zwingen und zu guten Sitten anzuhalten. Es ist eine häufig beobachtete Tatsache, daß der Fürsorgeberechtigte, entweder aus Beschränktheit oder aus Gleichgültigkeit dem Treiben seines Kindes, mag dies auch noch so verwerflich sein, tatenlos gegenübersteht, oder daß er dem heranwachsenden Kinde gegenüber zu schwach ist, Zuchtmittel anzuwenden, um so, wenn nötig, den Willen des störrischen Kindes zu brechen. In manchen Fällen mag es auch übertriebene Liebe zum Kinde sein, die den Erziehungsberechtigten schwach macht, daß er es nicht über sich bringen kann, das Kind nach seinem Willen, auch wenn er ihn selbst für besser erachtet, tun zu lassen.

Ist so das Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes zum Zwecke einer abweichenden Anordnung stets dann gegeben, wenn der sorgeberechtigte Elternteil sich auf Grund fehlender sittlicher oder geistiger Qualitäten als erziehungsunfähig erweist, so wird in gewissen Fällen schon dann von einer Gefährdung des Kindes gesprochen werden können, wenn nicht die Erziehung im allgemeinen mangelhaft ist, sondern sich die Gefährdung des Kindes lediglich in einer ihm ungünstigen Beeinflussung äußert. Hetzt z. B. der sorgeberechtigte Vater das Kind gegen die Mutter auf oder hindert er es am Besuch der Mutter, so wird ein solches Verhalten Grund zu einer abweichenden Anordnung geben. Eine solche Maßnahme kann selbst dann gerechtfertigt erscheinen, wenn der Vater nur die erforderlichen Maß-

nahmen unterläßt, um den etwa bestehenden Widerwillen des Kindes gegen den Besuch der Mutter zu brechen[23]). Aber nicht nur eine solche unmittelbar von Seiten des sorgeberechtigten Elternteils erfolgende Beeinflussung des Kindes kann eventuell eine abweichende Anordnung rechtfertigen, in besonders gelagerten Fällen genügt schon eine mittelbare Beeinflussung. Steht z. B. die sorgeberechtigte Mutter vollständig unter dem Einfluß ihres neuen Ehemannes und ist dieser dem Vater des Kindes feindlich gesinnt, so kann dieser mittelbare unheilvolle Einfluß auf das Kind eine Maßnahme nach § 1635 I 2 erforderlich machen[24]).

Die Erziehungsunfähigkeit kann nun aber auch, wenn sie nicht in dem Fehlen sittlicher oder geistiger Fähigkeiten des Sorgeberechtigten oder einer ungünstigen Beeinflussung von Seiten desselben begründet sein, sondern sie kann auch in irgend welchen seelischen oder körperlichen Leiden des Sorgeberechtigten ihren Grund haben. Krankhafte Nervosität z. B. des Fürsorgeberechtigten[25]) wird in der Regel die Erziehung des Kindes derartig gefährden, daß in seinem Interesse dem Sorgeberechtigten die Sorge genommen werden muß. Denkbar ist auch, daß der Erziehungsberechtigte in unverschuldete Krankheit gefallen ist, die die Erziehung des Kindes in Frage stellt und, auch wenn der Erziehungsberechtigte den besten Willen dazu hat, die Vernachlässigung des Kindes bedingt.

Auch aus den wirtschaftlichen Verhältnissen des Sorgeberechtigten kann sich dessen Erziehungsunfähigkeit ergeben. Hier mag man jedoch kaum noch von einer „Erziehungsunfähigkeit" reden, da die Gründe, die in einem solchen Falle zu einer abweichenden Anordnung führen müssen, nicht in der Person des Erziehungsberechtigten liegen. Von einer Erziehungsunfähigkeit kann hier nur dann gesprochen werden, wenn die mangelhaften wirtschaftlichen Verhältnisse von dem Erziehungsberechtigten verschuldet sind, er also eine Pflicht unterläßt, die ihm als Inhaber der Erziehungsgewalt obliegt, und keine Abhilfe schafft, obwohl er dazu in der Lage wäre. Der am häufigsten vorkommende Fall der unverschuldeten in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Sorgeberechtigten begründeten „Erziehungsunfähigkeit" ist,daß der erziehungsberechtigte Elternteil den ganzen Tag auf Arbeit geht und so das Kind ganz sich selbst überlassen ist. Von einer Erziehung kann da natürlich keine Rede sein; das Vormundschaftsgericht muß eingreifen.

Unverschuldete lange Erwerbslosigkeit des sorgeberechtigten Vaters wird, auch wenn die Mutter besser gestellt ist, nur in seltenen Fällen ein besonderer Grund für eine abweichende Anordnung sein.

---

[23]) J. W. 26, 1573.
[24]) RG. Warn. 1911, No. 435; 1904, No. 481.
[25]) K.G. in OLGE. 30, 73.

In solchen Fällen wird meist durch Unterstützung mit Hilfe der Wohlfahrt Abhilfe geschaffen werden können.

Zuletzt noch die häuslichen Verhältnisse, die oft den Grund bilden für eine anderweitige Regelung. Unter „häuslichen Verhältnissen" sind hier diejenigen Bedingungen zu verstehen, unter denen in räumlicher, hygienischer und allgemein gesundheitlicher Beziehung die Kinder bei dem sorgeberechtigten Elternteil untergebracht sind. Die hier entstehenden Fragen, inwieweit Mängel der häuslichen Verhältnisse in obengenannten Beziehungen Grund für eine abweichende Anordnung geben können, sind deshalb schwierig zu beurteilen, weil sie oft in das Gebiet des Fürsorgerechts hinübergreifen. Stellt sich z. B. heraus, daß das Kind von dem Sorgeberechtigten mangelhaft gekleidet wird, so kann, wenn sich diese Vernachlässigung aus dem wirtschaftlichen Unvermögen des Sorgeberechtigten erklärt, kein Platz sein für eine abweichende Anordnung; vielmehr muß die Fürsorge eingreifen. Allzuleicht wird bei diesen Fragen übersehen, daß es nicht Utilitätsrücksichten sein dürfen, die eine abweichende Anordnung begründen. Das Vormundschaftsgericht soll nur eingreifen, wenn die Gefährdung des Kindes durch keine andere Maßregel, als eben durch eine abweichende Anordnung, abgewendet werden kann.

Sind also die Grenzen, die hinsichtlich einer abweichenden Anordnung bei Mängeln der häuslichen Verhältnisse dem Vormundschaftsgericht gesetzt werden müssen, sehr eng zu ziehen, so sind dennoch Fälle denkbar, in denen eine Gefährdung des Kindes infolge derartiger Verhältnisse eben nur durch eine abweichende Anordnung abgewendet werden kann. Da ist in erster Linie der Gesundheitszustand des Kindes, der meist unter mangelhafter Unterbringung, sowohl in räumlicher, als auch in hygienischer Beziehung leidet. Kann diesen mangelhaften Verhältnissen nicht durch Maßnahmen der Fürsorge abgeholfen und damit einer weitergehenden gesundheitlichen Gefährdung des Kindes vorgebeugt werden, so wird, wenn der andere Elternteil Gewähr für die gesundheitliche einwandfreie Unterbringung bietet, eine Maßnahme nach § 1635 I 2 am Platze sein. Bei Beurteilung des Gesundheitszustandes des Kindes kommt jedoch nicht die mutmaßliche künftige Entwicklung, sondern das derzeitige Befinden des Kindes in Frage[26]). Somit kann auch in der Erholungsbedürftigkeit des Kindes ein Umstand gefunden werden, der im Interesse der Gesundheit des Kindes Abhilfe erheischt und der, wenn der Sorgeberechtigte dem Kinde nicht eine angemessene Gelegenheit zur Erholung verschaffen will, den Grund für eine abweichende Anordnung bilden kann[27]). Stehen andere Mittel, als dieses letzte zur Verfügung und erklärt sich der Sorgeberechtigte mit ihrer Anwendung einver-

[26]) Bay. Ob. LG. 24, 119.
[27]) Bay. Ob. LG. 9, 479.

standen, so kann, wie schon oben dargelegt, von der Notwendigkeit einer abweichenden Anordnung keine Rede mehr sein[28]).

Niemals genügt zu einer abweichenden Anordnung der Umstand, daß es sich der Beurteilung des Vormundschaftsgerichts entzieht, ob der unschuldige Teil dem Kinde geeignete Pflege werde angedeihen lassen können — das würde gegen § 12 FGG. verstoßen[29]). Es müssen also in jedem Falle Erhebungen und Nachforschungen veranstaltet werden.

§ 6. Grundsätzlich wird nach dem im vorhergehenden Abschnitt Dargelegten die Frage, ob die Verfügung einer abweichenden Anordnung zu treffen sei, in erster Linie von der Beantwortung der Frage abhängen, ob das Interesse des Kindes eine solche dringend erfordert. Wie schon weiter oben dargelegt, soll nur dieses maßgebend sein, nicht sollen die Interessen der Eltern denen der Kinder vorgehen. Die Prüfung dieser Interessenlage hat aber noch weiter zu gehen, als daß nur die Verhältnisse, seien es die persönlichen oder wirtschaftlichen, desjenigen geprüft werden, der nach § 1635 I 1 der fürsorgeberechtigte Elternteil ist. Vielmehr ist in allen Fällen, in denen eine abweichende Anordnung getroffen werden soll, auch zu prüfen, ob nicht auch in der Person des nach § 1635 I 1 Nicht-fürsorgeberechtigten Gründe vorliegen, die seine Geeignetheit für die Uebernahme und Führung der Sorge für die Person des Kindes ausschließen[30]). Nur, wenn die Würdigung der Verhältnisse sich auch auf den Charakter, die Erziehungsfähigkeit und die Verhältnisse des schuldigen Elternteils erstreckt, auf den die Personensorge übergehen soll, kann die Frage sachgemäß entschieden werden[31]).

Diese Würdigung und Prüfung der Verhältnisse dessen, auf wen nach der abweichenden Anordnung des Vormundschaftsgerichts die Personensorge übergehen soll, wird im allgemeinen von denselben Gesichtspunkten auszugehen haben, wie die Prüfung der Verhältnisse des nach § 1635 I 1 sorgeberechtigten Elternteils. Doch können auch anders liegende Fälle gegeben sein und die Prüfung der Verhältnisse des nicht fürsorgeberechtigten Elternteils sich daher in anderer Richtung erstrecken. Gegen eine Ueberweisung der Kinder an den schuldigen Vater spricht es z. B., wenn dieser sich bisher schon seiner Unterhaltspflicht (die für ihn, trotzdem er die Sorge nicht mehr hat, weiterbesteht) zu entziehen versucht hat[32]). Diese Tatsache läßt in der Regel erkennen, daß dem Vater wenig an den Kindern gelegen ist und läßt die Besorgnis aufkommen, daß er nach der Zuweisung an ihn mangelhaft für die Kinder sorgen werde.

---

[28]) vgl. S. 27 u. d. dort unter Anm. 8 gegeb. Zitate.
[29]) OLGE. 9, 457.
[30]) vgl. Recht 1917, No. 233.
[31]) vgl. OLGE. 30, 73.
[32]) Recht 1921, Nr. 120.

Grundsätzlich läßt sich hieraus feststellen, daß bei jeder Entscheidung nach § 1635 I 2 festzustellen ist, ob die Sorge für die Person des Kindes überhaupt einem der beiden Eltern anvertraut werden kann.

§ 7. Liegen nun in der Person des nicht sorgeberechtigten Elternteils gleichfalls Gründe vor, die eine Gefährdung des Kindes besorgen lassen, so wäre es mit den Interessen des Kindes unvereinbar, diesem die Sorge für das Kind zuzuweisen. Geben somit die Verhältnisse beider Eltern in Hinsicht auf die Erziehungsfähigkeit zu Bedenken Anlaß, ohne daß bei einem der Elternteile § 1666 in Anwendung gebracht werden könnte, würde also für Beide eine von der Regel des § 1635 I 1 abweichende Anordnung geboten sein, so erhebt sich die schwierige Frage, wem dann die Sorge für die Person der Kinder anvertraut werden soll. Kann die Sorge für die Person des Kindes einem Dritten, etwa einem Pfleger übertragen werden?

Das Gesetz gibt auf diese Frage keine Antwort. Es bestimmt lediglich, daß das Vormundschaftsgericht eine (von der Regel des § 1635 I 1) abweichende Anordnung treffen könne, wenn es sie für geboten erachtet. Ist nun unter dieser „abweichenden Anordnung" nur eine anderweitige Regelung des Rechts der Personensorge u n t e r d e n E l t e r n zu verstehen? Diese Ansicht wird von den bekanntesten der Kommentatoren und auch in Einzeldarstellungen des Familienrechts vertreten[33]). Die Zulässigkeit der Pflegerbestellung in diesem Falle bejahen andererseits Opet[34]) und Fränkel[35]).

Von den erstgenannten Schriftstellern begründet Knitschky seine Ansicht damit, daß in § 1635 I 1 dem jeweils für unschuldig Erklärten oder bei Schuldigerklärung beider Elternteile beiden die Sorge für die Person des Kindes z u s t e h e, also ein festes Recht auf sie gewähre. Gäben demnach beide Eltern zwar zur Besorgnis der schlechten Kindererziehung Ansaß, so bedeute die Uebertragung der Sorge an einen Pfleger für den an sich Berechtigten eine Entziehung der Sorge für die Person, die nur unter den Voraussetzungen des § 1666 möglich sei, während für eine Anordnung nach § 1635 schon jede Unfähigkeit oder Ungeeignetheit des Vaters oder der Mutter genüge.

Hiergegen dürfte zunächst einzuwenden sein, daß das Gesetz in § 1635 nur für die Fälle ein festes Recht auf die Personensorge anerkennt, in denen entweder ein Ehegatte oder beide für schuldig

---

[33]) Staudinger, I c β zu § 1635; Planck, 4 b zu § 1635; Opet-Blume, 4 b zu § 1635; Neumann, 4 zu § 1635; Lindemann-Soergel, 3 zu § 1635; Endemann, S. 690; Erler, S. 152; Sauer, S. 600; Davidson. S. 165; Knitschky, S. 155, Note 1; M. IV, S. 626; Entw. I § 1456; vgl. auch K. G. Jahrb. Bd. 50, S. 34.

[34]) Verwandtschaftsrecht, S. 323, Note 6.

[35]) Familienrecht, S. 134, vergl. auch: Pr. A. L. R. II, 2, hess. Entw. § 97 ff., Schwarzb.-Sondersh. Ehescheidungsrecht § 36 ff.

erklärt worden sind und bei beiden Eltern keinerlei Grund für eine abweichende Anordnung gegeben ist. Dieses feste Recht, der klagbare Anspruch besteht also für den, dem nach der Bestimmung des § 1635 I 1 die Personensorge für das Kind zusteht, nur solange, wie kein Grund zu einer abweichenden Anordnung gegeben ist. In dem Augenblick aber, wo der nach § 1635 I 1 Fürsorgeberechtigte zu Bedenken hinsichtlich seiner Erziehungsfähigkeit Anlaß gibt, erhält das Vormundschaftsgericht das Recht, über die Verteilung der Personensorge zu verfügen. Dieses ist sodann, ohne Rücksicht auf den auf Grund von § 1635 I 1 bestehenden Anspruch befugt, nach freiem Ermessen dem Fürsorgeberechtigten die Personensorge ganz oder teilweise zu nehmen. Daß es sich bei dieser durch eine abweichende Anordnung vorgenommenen Regelung nicht um eine völlige Entziehung, sondern um eine, zeitlich begrenzbare, jederzeit wieder aufhebbare Uebertragung der Personensorge handelt, wurde schon weiter oben dargelegt. Der Eingriff des Vormundschaftsgerichts bedeutet nur eine Beschränkung des nicht schuldigen Ehegatten hinsichtlich der Sorge für die Person des Kindes. Durch das Eintreten „besonderer Gründe" wird der Anspruch also nicht völlig aufgehoben, sondern er besteht noch, kann jedoch, solange das Vormundschaftsgericht eine abweichende Anordnung für angebracht hält, nicht geltend gemacht werden. Damit ist dem aus § 1635 I 1 herrührenden Recht auf die Personensorge die Kraft genommen, es besteht nur dem Namen nach noch weiter. Daraus folgt, daß in dem Falle, in dem die Sorge wegen Besorgnis der Erziehungsunfähigkeit bei beiden Eltern einem Pfleger übertragen würde, dies nicht für den „an sich" Berechtigten eine Entziehung der Personensorge bedeuten würde. Das Vormundschaftsgericht ist durch die ausdrückliche Bestimmung des § 1635 in den Stand gesetzt, seine Anordnung jederzeit wieder aufzuheben; gerade damit will das Gesetz sagen, daß die abweichende Anordnung nicht eine Entziehung der Sorge, sondern nur eine Uebertragung, deren zeitliche Dauer beschränkt sein kann, bedeutet.

Kann somit der Anspruch z. B. des nicht schuldigen Ehegatten auf die Personensorge nicht geltend gemacht werden, wenn das Vormundschaftsgericht durch eine abweichende Anordnung eingegriffen hat, so besteht auch, dem Gesetze nach, andererseits kein Anspruch des schuldigen Ehegatten daraus, daß nunmehr die Personensorge ihm übertragen werde. Mit keinem Worte ist in der Bestimmung des § 1635 I 2 etwas davon gesagt, daß, wenn dem unschuldigen Ehegatten die Personensorge zu nehmen für angebracht gehalten wird, diese dem schuldigen Elternteil zu übertragen sei, diesem also ein Anspruch darauf zustehe[36]). Dessen ungeachtet ist es selbstverständlich, daß bei einer abweichenden Anordnung tunlichst berück-

[36]) Bay. OLG i. Recht 1917, Nr. 1429.

sichtigt werden soll, daß der schuldige Elternteil dem Kinde stets näher steht, als irgendeine dritte Person. Sofern nur irgend möglich, wird daher bei einer abweichenden Anordnung die Personensorge auf den schuldigen Elternteil zu übertragen sein. Wenn aber der schuldige Elternteil zu Besorgnissen hinsichtlich der Erziehung des Kindes Anlaß gibt, kann von einer Uebertragung der Sorge auf ihn im Interesse des Kindes keine Rede sein. Hiergegen kann sich der schuldige Elternteil nicht beschweren, da er keinen Anspruch auf Uebertragung der Personensorge hat.

Es kann daher Knitschky nicht darin beigetreten werden, daß in der Uebertragung der Sorge auf einen Pfleger irgendeine Beeinträchtigung eines entgegenstehenden Rechtes eines der Elternteile, eine Entziehung der Personensorge zu erblicken sei. Der Anspruch, der einem Ehegatten nach § 1635 I 1 zusteht, unterliegt der Aufhebung, wenn bei ihm Grund für eine abweichende Anordnung gegeben ist; der andere Elternteil hat keinen Anspruch auf die ihm nach § 1635 I 1 nicht zustehende Personensorge. Schon aus diesen Gründen dürften somit gegen eine Pflegerbestellung keine Einwendungen erhoben werden.

Vergleichen wir hiermit den Fall, in dem das Gesetz eine Pflegerbestellung vorschreibt, den des § 1666, so muß viel eher diese Bestimmung, zu deren Anwendung doch nur die Entziehung der dem Vater zustehenden Personensorgerechte erforderlich ist, als ungerecht erscheinen. Wenn man schon in der Pflegerbestellung eine Beeinträchtigung des Rechtes des „an sich" Berechtigten erblicken will, so muß man in der Pflegerbestellung des § 1666 ein weitaus größeres „Unrecht" sehen, als in dem vorliegenden Falle. Denn dort ist die Erziehungsunfähigkeit des anderen Elternteils durchaus nicht erwiesen, während diese im vorliegenden Falle des § 1635 doch als erwiesen anzusehen ist. Durch eine Pflegerbestellung auf Grund § 1666 wird also der andere Elternteil weit mehr beschwert, als durch eine solche auf Grund von § 1635 I 2, da in letzterem Falle der Grund zu der Pflegerbestellung in der Person des für die Uebertragung der Personensorge zunächst in Betracht kommenden zu suchen ist. Aus diesen Gründen kann es auch nicht als unbillig erscheinen, dem Kinde in dem Falle, daß bei beiden Eltern Gründe gegeben sind, die eine abweichende Anordnung rechtfertigen würden, einen Pfleger zur Ausübung des Personensorgerechts zu bestellen[37]).

Jedoch wird in diesen Fällen das Vormundschaftsgericht stets zunächst dahin zu wirken haben, daß sich der nach § 1635 I sorgeberechtigte Elternteil damit einverstanden erklärt, das Kind, wel-

[37]) vgl. die Gesetze von Frankreich (cc. Art. 302), Griechenland und Italien (Bürgerl. Ges.Buch, Art. 154 II). Siehe hierzu Bergmann, Intern. Ehe- und Kindschaftsrecht S. 187, 199 ff., 247 ff.

ches weder ihm, noch dem nicht Fürsorgeberechtigten überlassen werden kann, in einer geeigneten Familie oder Anstalt unterbringen zu lassen. Verweigert der Fürsorgeberechtigte seine Einwilligung zu dieser Maßnahme, so muß nach der im Vorigen dargelegten Ansicht dem Kinde ein Pfleger zur Ausübung der Personensorge bestellt werden, der sodann für eine geeignete Unterbringung des Kindes zu sorgen haben wird. Anders, und dem Erachten des Verfassers nach in vielen Fällen unbillig, ist für diesen Fall in Bay. OLGE 20, 473 entschieden worden. Diese Entscheidung erblickt in der Weigerung des sorgeberechtigten Elternteils, in die Unterbringung des Kindes in einer Anstalt zu willigen, einen Mißbrauch des Rechts der Sorge für die Person des Kindes, durch den das geistige und leibliche Wohl desselben in erheblichem Maße gefährdet würde. Die Entziehung der Personensorge gemäß § 1666 und Anordnung der Fürsorgeerziehung sei dadurch gerechtfertigt.

Nach Ansicht des Verfassers kann ein derartiges Verfahren deshalb oft zu unbilligen Härten führen, weil die Weigerung des Sorgeberechtigten, das Kind in einer anderen Familie oder Anstalt unterbringen zu lassen, in der Regel doch sich aus der Liebe zu dem Kinde und aus dem Bewußtsein, sich nicht von ihm trennen zu können, erklärt. Ein solches Verhalten, das doch nur zu natürlich ist, kann nicht eine völlige Entziehung des Rechts der Personensorge rechtfertigen. Gerade in diesen Fällen ist zeitweilige Uebertragung der Personensorge an einen Pfleger am Platze. Dieser wird sodann für die Inpflegegabe des Kindes in einer geeigneten Familie zu sorgen haben. Falls eine solche nicht möglich ist, kommt Waisenpflege in Betracht.

§ 8. Die Anordnung des Vormundschaftsgerichts erfolgt durch Verfügung im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zum Erlaß einer solchen Anordnung ist das Vormundschaftsgericht ausschließlich zuständig. Oertlich zuständg st nach § 36 und § 43 FGG dasjenige Vormundschaftsgericht, in dessen Amtsbezirk zu der Zeit, zu welcher sich die abweichende Anordnung als notwendig erweist, das Kind seinen Aufenthalt hat. Das Vormundschaftsgericht kann von Amtswegen einschreiten, wenn das Bedürfnis vorliegt; es wird jedoch regelmäßig nur auf Antrag der Beteiligten einzuschreiten haben, da, solange die Eltern sich über die Erziehung der Kinder einig sind — von besonderen Fällen abgesehen — ein hinreichender Grund für eine Einmischung des Gerichts nicht vorliegen wird[38]). Diese besonderen Fälle werden gegeben sein, wenn das Vormundschaftsgericht — dem gemäß § 630 ZPO das Prozeßgericht nach Rechtskraft des Scheidungsurteils vom Vorhandensein eines minderjährigen Kindes Kenntnis zu geben hat — mit oder infolge dieser

[38]) Davidson, S. 166; Erler, S. 152.

Mitteilung Kenntnis von Umständen erhält, die den Erlaß einer abweichenden Anordnung geboten oder in Erwägung zu ziehen erscheinen lassen. Dann hat das Vormundschaftsgericht von Amtswegen die Ermittelungen aufzunehmen und die zum Schutze des Kindes erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Das Vormundschaftsgericht hat vor Erlaß einer Entscheidung, durch welche das Sorgerecht dem Vater entzogen oder beschränkt wird, den Vater, wenn es tunlich ist, zu hören (§1673 BGB). Wenn es ohne Verzögerung und Kosten geschehen kann, sollen auch Verwandte, Verschwägerte und die Mutter gehört werden. Diese Bestimmung findet nicht nur auf den Vater, sondern allgemein auf den durch die abweichende Anordnung betroffenen Elternteil Anwendung. Die Wirksamkeit einer ohne Anhörung des betroffenen Elternteils erlassenen Entscheidung wird aber, da die Vorschrift des § 1673 BGB Sollvorschrift ist, durch die Unterlassung der Anhörung des Gewalthabers nicht berührt. Dennoch gibt die Nichtbeachtung des § 1673 BGB dem Vater ein Beschwerderecht. Es kann sogar eine Gesetzesverletzung darin liegen, welche die weitere Beschwerde begründet: § 27 FGG[39]).

Die Zulässigkeit einer abweichenden Anordnung ist regelmäßig erst nach Rechtskraft des Scheidungsurteils gegeben. Vor Rechtskraft der Scheidung stehen obige Befugnisse dem Vormundschaftsgericht nicht zu. Dagegen kann das Prozeßgericht nach Beginn des Scheidungsprozesses und für die Dauer desselben in Gemäßheit § 627 ZPO auf Antrag eines der Ehegatten durch einstweilige Verfügung unter anderem auch wegen der Sorge für die Person des minderjährigen Kindes, ausgenommen die gesamte Vertretung, Anordnungen treffen.

Die Befugnis des Vormundschaftsgerichtes zum Erlaß einer abweichenden Anordnung wird nicht dadurch gehemmt, daß die Eltern einen Rechtsstreit über das Erziehungsrecht miteinander führen[40]). Eine Entscheidung des Prozeßgerichts über das Erziehungsrecht könnte in jedem Fall nur deklarativ nach Maßgabe der Norm des § 1635 I 1 sein, d. h. entscheiden, wem von den Eltern das Erziehungsrecht zusteht, während das Vormundschaftsgericht konstitutiv bestimmt, wenn abweichend vom Gesetz eine abweichende Anordnung zu treffen ist[41]). Das Vormundschaftsgericht ist daher auch dann zu einer eigenen Entscheidung befugt, wenn über das Recht der Sorge in einem Rechtsstreit unter den Eheleuten bereits durch Urteil entschieden worden ist[42])

---

[39]) Davidson, S. 163; OLGE 8, 350.

[40]) RG in Zentr.Bl.FG Bd. 7, S. 29 Nr. 3.

[41]) JW 06, S. 392.

[42]) vgl. Festgabe für Koch, S. 196 ff.

Daß dem Kinde im Verfahren des Vormundschaftsgerichts über die Sorge für die Person des Kindes ein Pfleger bestellt wird, wird in heutiger Zeit nicht mehr für notwendig erachtet. Früher hielt man jedoch eine solche Bestellung für stets geboten[43]).

Ist die Anordnung des Vormundschaftsgerichts nicht mehr erforderlich, weil die besonderen Gründe, die sie im Interesse des Kindes für geboten erscheinen ließen, weggefallen sind, so kann das Vormundschaftsgericht die Anordnung von Amtswegen wieder aufheben. Unbedingt verpflichtet ist es hierzu nicht, da auch nach Wegfall der besonderen Gründe in dem wiederholten Wechsel in der Erziehung eine Gefährdung des Kindes erblickt werden kann.

---

[43]) Enneccerus, S. 348, Nr. 31; Staud. I c zu § 1635; Planck IV α zu § 1635; v. Blume IV c zu § 1635.

IV. Teil

Reform des § 1635 BGB und Erziehungsverträge

§ 9. Wiederholt ist in den vorhergehenden Teilen dieser Darlegung darauf hingewiesen und auch ausgeführt worden, daß die Bestimmung des § 1635 mit ihren Auswirkungen nicht den Ansprüchen genügt, die aus äußeren wie aus inneren Gesichtspunkten heraus an sie gestellt werden und werden müssen.

Die Forderung einer Reform des § 1635 BGB ist daher nicht neu. Doch war es zunächst nur der zweite Absatz dieser Bestimmung, der den Angriffspunkt für Reformen bildete. Schon in den Beratungen des Entwurfs zum BGB[1]) war beantragt worden, in Absatz I des § 1635 statt „Sorge für die Person des Kindes" zu setzen: „Sorge für die Person und die Vertretung des Kindes". Begründet wurde dieser Antrag damit, daß es zu höchst mißlichen Wirkungen führen werde, nach Scheidung der Ehe noch weiter die elterliche Gewalt so zu trennen, da alsdann unter Umständen die Sorge für die Person des Kindes einem anderen Ehegatten zustünde, als das Recht der Vertretung desselben. Dieser Antrag wurde jedoch, obzwar zugegeben werden mußte, daß die Trennung der Personensorge von der Vertretung unter Umständen zu Schwierigkeiten führen könne, mit der Begründung abgelehnt, daß die Annahme des Antrags zu einem prinzipiellen Widerspruch mit § 1612 (jetzt § 1634) BGB führen müsse, in welchem ausdrücklich während bestehender Ehe die Mutter von der Vertretung ausgeschlossen sei und zu dessen Zulassung keineswegs überwiegende Gründe praktischer Zweckmäßigkeit geführt hätten.

In der Praxis jedoch hat sich die Bestimmung des § 1635 II nicht bewährt. Vielmehr ist die Trennung der Personensorge von der Vertretung, die immer dann eintreten muß, wenn der Vater für den schuldigen Teil erklärt worden oder beide Teile für schuldig erklärt nud danach Kinder bei der Mutter verblieben sind, eine Quelle nachehelicher Streitigkeiten und Unzuträglichkeiten geworden, die sich, wie schon oben ausgeführt, in schädigender Weise auf das Kind

[1]) Mat. z. BGB, S. 1255.

auswirken. Die Stimme der Praxis ist daher auch zuerst gegen die Beibehaltung dieser Bestimmung laut geworden[2]), der sich in neuester Zeit auch die Literatur angeschlossen hat[3]).

Dieser Reformgedanke muß berechtigt erscheinen, wenn man bedenkt, daß das Gesetz keine Sicherheitsmaßregeln gegen den Mißbrauch der Rechte des Vaters zur Vertretung des Kindes getroffen hat. Hinsichtlich der Rechte des Vaters am Vermögen des Kindes hat das Gesetz in den §§ 1667—1672 BGB gewisse Sicherungen vorgesehen. Das Gesetz versagt aber völlig, wenn sich der Vater bei der Vertretung des Kindes um dessen Angelegenheiten nicht kümmert oder, wenn er sich mit diesen befaßt, er aus Haß gegen die Mutter oder aus irgend welchen sonstigen Gründen in der Weise tätig wird, daß es dem Kinde nicht zum Nutzen ist. Eine Pflegerbestellung nach § 1909 wird an dem Fehlen der Voraussetzungen, daß nämlich der Vater an der Ausübung der Gewalt tatsächlich verhindert ist, scheitern. Zur Entziehung der elterlichen Gewalt reicht ein solches Verhalten nach den in § 1680 gegebenen Voraussetzungen nicht aus. Eine Anwendung des § 1666 würde nicht stattfinden können, da dieser sich nur auf die Sorge für die Person des Kindes und auf die Vermögensverwaltung und Nutznießung bezieht, dagegen die Vertretungsbefugnis des Vaters in persönlichen Angelegenheiten des Kindes nicht miterfaßt.

Diese Lücke des Gesetzes wird daher de lege ferenda beseitigt werden müssen. Die gänzliche Beseitigung dieser Bestimmung fordert schon seit längerer Zeit die Frauenbewegung. Gerade diese ist hieran besonders interessiert, da die Unzuträglichkeiten aus dieser Bestimmung in der Regel nicht nur das Kind, sondern zum mindesten eben so sehr die geschiedene Frau betreffen.

Ausgehend davon, daß auf Grund des in Art. 119 RV aufgestellten Prinzips der Gleichberechtigung der Geschlechter die elterliche Gewalt während bestehender Ehe Mann und Frau gleichmäßig zustehen müsse, fordert sie nach Scheidung der Ehe die Uebertragung der vollen elterlichen Gewalt an denjenigen, der die Kinder erhält.

Ganz abgesehen davon, wie darüber zu urteilen ist, ob es sich empfiehlt, während des Bestehens der Ehe die elterliche Gewalt gleichmäßig zu verteilen, muß die weitere Forderung der Frauenbewegung[4]) angesichts der sich aus der geltenden Bestimmung des § 1635 II ergebenden Widrigkeiten, nur zu gerechtfertigt erscheinen. Ebenso, wie das Gesetz gemäß § 1684 Ziff. 1 nach dem Tode des Vaters der Mutter die volle elterliche Gewalt zuerkennt, wird es auch nach geschiedener Ehe der Mutter die volle elterliche Ge-

[2]) vgl. Gaertner in DRZ 1912, S. 477.
[3]) Lehmann, S. 174; Rosenberg, S. 665.
[4]) M. Munk in JW 1925, 309 ff.

walt bezüglich der Kinder, die bei ihr verbleiben, anvertrauen können.

Eine Begrenzung dieser Regelung, wie Klink[5]) sie empfiehlt, auf die Fälle, wo das Interesse des Kindes sie verlangt, erscheint mir, insbesondere mit Rücksicht auf die bezüglich des § 1635 I angestrebten Reformen, nicht empfehlenswert.

§ 10. Die neueste Zeit, die auf dem Gebiete des Familienrechts im Zeichen der Reform des Ehescheidungsrechts steht, hat auch hinsichtlich der Wirkungen der Scheidung, insbesondere hierbei in Bezug auf die Regelung des Personensorgerechts in § 1635 Abs. I manche Reformvorschläge gebracht.

Einstimmigkeit herrscht in der einschlägigen Literatur darüber, daß die heutigen Vorschriften bezüglich des Rechts der Personensorge nach der Scheidung der Ehe sehr der Verbesserung bedürfen. Ebenso besteht Einigkeit darüber, daß, wenn im neuen Scheidungsrecht dem Verschuldensbegriff seine ausschlaggebende Bedeutung entzogen werden wird, auch die Schuld oder Nichtschuld an der Ehescheidung nicht mehr maßgebend sein darf für die Frage der Kinderzuteilung.

Aber auch außerhalb des Zusammenhanges mit dem Scheidungsrecht wird die Reform des § 1635 I dringend gefordert. Gegen die Beibehaltung des § 1635 I in der bisherigen Form hat sich wiederum besonders die Frauenbewegung ausgesprochen. Nach ihrer Ansicht muß die Frage, wer nach Scheidung der Ehe die Kinder erhalten soll, nach gänzlich anderen, als den bisherigen Grundsätzen umgestaltet werden.

Nicht soll mehr für die Frage der Kinderzuteilung entscheidend sein, wer im Scheidungsurteil für schuldig erklärt worden ist, diese soll vielmehr sich einzig und allein darauf richten, welcher Ehegatte für die Erziehung der Kinder am besten geeignet ist. Das Ehescheidungsurteil soll nur insofern einen gewissen Anhalt geben, als die elterliche Gewalt und zwar diese stets als Ganzes (vgl. S. 77) nur dann dem allein schuldigen Gatten übertragen werden sollte, wenn dieser für die Erziehung geeigneter ist, als der unschuldige Teil[6]). Ueber die Verteilung der elterlichen Gewalt soll das Vormundschaftsgericht entscheiden.

Eine ähnliche Lösung dieser Frage bringt A. B. Schmidt[7]) in seinen Abhandlungen zur Reform des Ehescheidungsrechts. Die Scheidungsreform habe davon auszugehen, daß den Ausgangspunkt unter obersten Grundsatz nicht mehr die bisherige schematische Regelung des § 1635, sondern die Herbeiführung des bestmöglichsten

---

[5]) Reformbestr., S. 104.

[6]) M. Munk a. a. O.

[7]) Schmidt in DJZ 1922, S. 218. vgl. May in DJZ 1922, S. 5 ff.

Loses der Kinder bilden müsse. Ueber diese Frage solle nach freier Ueberzeugung der Richter entscheiden.

In Anlehnung an das Schweizer Recht (Art. 156, 158, 274 III ZGB) empfehlen Vogt[8]) und Lehmann[9]) eine Umgestaltung des Rechtes der Kinder aus geschiedenen Ehen.

Doch die Forderungen einiger von denen, die die Reform des § 1635 I anstreben, gehen noch weiter. Nicht in jedem Falle solle der Richter, entweder des Scheidungsgerichts oder des Vormundschaftsgerichts, gesetzlich gezwungen sein, eine Entscheidung über die Frage, wer nach Scheidung der Ehe die Kinder erhalten solle, zutreffen. Es müsse vielmehr den Eltern gestattet sein, vor oder nach der Scheidung eine rechtswirksame Vereinbarung über die Verteilung der Kinder zu treffen. Komme eine solche nicht zustande, so solle das Vormundschaftsgericht sie herbeizuführen versuchen, und erst, falls dieser Versuch mißlinge, solle dieses seinerseits nach Ermessen im Interesse des Kindes entscheiden[10]). In jedem Falle aber sollten derartige Verträge der Beurkundung und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen und so eine Sicherheitsmaßnahme gegen Mißbräuche getroffen werden.

Unter zwei großen Gesichtspunkten gliedern sich also die Reformbestrebungen hinsichtlich des Rechts der Kinder aus geschiedenen Ehen:

1. maßgebend für die Frage der Kinderzuteilung soll in erster Linie die freie Einigung der Eltern sein. Erst wenn diese nicht zustande kommt, soll das Vormundschaftsgericht im Interesse des Kindes nach freiem Ermessen entscheiden. Ausgeschieden werden muß die Schuldfrage als ausschlaggebendes Moment.
2. Unter Beseitigung der gesetzlichen Regelung des § 1635 I soll in jedem Falle das Prozeßgericht (oder das Vormundschaftsgericht) hinsichtlich der Kinderzuteilung die erforderlichen Verfügungen treffen. Hierbei ist davon auszugehen, welcher der Ehegatten am geeignetsten ist, für die Erziehung der Kinder.

Zu diesen beiden Punkten wird im Folgenden Stellung zu nehmen sein.

§ 11. Zu 1. Wenn die weitgehendste Reformbestrebung bei Beseitigung des § 1635 zugleich fordert, daß vor oder nach der Scheidung die von Eltern über die Rechte an ihren Kindern getroffenen Verträge gesetzlich sanktioniert werden, so ist dies gleichbedeutend mit einer teilweisen Umwandlung des Begriffes der elterlichen Gewalt und zwar für den Fall, in dem diese besonders akut wird. Der-

[8]) Gruchots Beitr. 65, 673. Hans. R. G. Z. 1920, Beibl. 3, S. 13—15.
[9]) Familienrecht S. 174.
[10]) So: Vogt a. a. O. Munk a. a. O. Buzengeiger in JW 1922, S. 344. Klink S. 104 vgl. auch Traumann S. 16—17.

artige „Erziehungsverträge" werden für das heutige Recht nicht als rechtsgültig anerkannt. Vielmehr ist bisher in Rechtssprechung und Literatur anerkannt und steht fest, daß Verträge, die einen dauernden Verzicht auf die Elternrechte enthalten, nichtig sind[11]). Die gesetzliche Regelung der eigentlichen Personensorge ist, wie alle übrigen den Inhalt der elterlichen Gewalt betreffenden Normen, der vertragsmäßigen Aenderung durch die geschiedenen Ehegatten entzogen[12]). Die Nichtigkeit eines solchen Verzichts wird daraus begründet, daß die elterliche Gewalt nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Berechtigten in sich schließe. Wären die Elternrechte nur Rechte, so wäre kein Rechtsgrund gegeben, warum Eltern sich nicht ihrer sollten entäußern können. Da sie aber zugleich, und das in der Hauptsache, eine Pflicht ihre sInhabers enthielten, sei ein Verzicht auf sie ausgeschlossen. Aus diesen Gesichtspunkten heraus folgert auch André[13]) die Unzulässigkeit derartiger Verträge. Das Recht am Kinde sei unveräußerlich, denn mit ihm sei untrennbar auch die Pflicht verbunden. Erziehungsverträge, in denen Eltern auf das Recht am Kinde verzichten, wollten daher etwas rechtlich Unmögliches und seien infolgedessen gemäß § 306 BGB nichtig. Hinzu komme, daß diese Verträge gegen die guten Sitten verstießen und auch aus diesem Grunde nichtig seien.

Mit mehr oder weniger abweichender Begründung teilt die herrschende Lehre[14]) den Standpunkt der Motive. Aus diesen möge als für diese Darlegung wichtig noch folgendes zitiert werden: „Der Entwurf geht davon aus, daß die Zulassung einer solchen die Eltern bindenden Uebereinkunft, auch wenn man deren Wirksamkeit an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bindet und letzterem die Befugnis vorbehält, die von ihm erteilte Genehmigung, sofern das Interesse des Kindes es erfordert, wieder zurückzunehmen, nicht zu billigen ist. Sie ist mit dem Gesichtpunkt, daß das Recht der Sorge für die Person des Kindes nur die Kehrseite einer den Eltern gegenüber den Kindern obliegenden Pflicht ist, auf welche nicht verzichtet werden kann, (Entw. I § 1561 von der Kommission gestrichen[15]), nicht vereinbar und auch ein Bedürfnis nicht geboten, da es dem einen Elternteile unbenommen bleibt, die Sorge für die Person des Kindes, wenn er dies im Interesse des letzteren für angemessen erachtet, dem anderen Elternteile in derselben Weise zu

---

[11]) Enneccerus-Kipp II, 2 S. 350. § 79 V Planck Bem. 15 zu § 1635. Staud. Bem. 8 zu § 1635. Erler S. 152. Reichel, Recht 1914, S. 356, J. W. 33, 256. OLGE 6, 169. R. G. 60, 266. OLGE n. F. 9, 433. K. G. Recht 05, 705. OLGE 10, 285. J. W. 03, 67.

[12]) M. IV S. 627. Opet S. 323.

[13]) Erziehungsverträge S. 26 ff. Gehring, S. 69. Rosenberg, Ehescheidung S. 66. Rosenberg Ziv. A. 127,66 a. M. Josef, Ziv. A. 119,403/7.

[14]) vgl. auch Danziger S, 15 ff., siehe oben Anm. 11.

[15]) Protokolle S. 6170.

überlassen, wie er sie einem Dritten der Ausübung nach überlassen kann. Dazu kommt, daß die Zulassung einer solchen die Eltern bindenden Uebereinkunft geeignet ist, die Scheidungen zu befördern und mit der Mehrzahl der bestehenden Rechte nicht im Einklang steht[16])."

Dieser Begründung (daß das Recht der Sorge nicht lediglich ein Recht, sondern auch eine Pflicht sei) trat zuerst Knitschky[17]) entgegen und empfahl, bei Trennung der Eltern eine Vereinbarung als das beste Mittel zu einer angemessenen Ordnung.

Bemerkenswert ist in gleicher gegen die herrschende Richtung sprechenden Hinsicht ein Urteil des Kammergerichts, das es ablehnt, Erziehungsverträge als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen, und in diesem Zusammenhange ausführt: „Daraus, daß im § 1635 der Verträge geschiedener oder in Scheidung lebender Ehegatten über die Erziehung ihrer Kinder nicht Erwähnung geschieht, kann eine Schlußfolgerung darauf, daß solche Verträge unzulässig sind, unmöglich gezogen werden." Die Begründung der Motive hält das K. G. für unerheblich, da in das jetzt geltende Gesetz eine, solche Uebereinkunft der Eltern verbietende Bestimmung, nicht ausgenommen sei.

Es würde im Rahmen dieser Darlegung zu weit führen, zu der Frage, ob Erziehungsverträge im geltenden Recht als rechtsgültig anzusehen sind und inwieweit die einzelnen dafür und dagegen vorgebrachten Argumente stichhaltig sind, eingehend Stellung zu nehmen. Insoweit muß auf die Spezialschriften verwiesen werden[18]). Für die vorliegende Betrachtung hat nur die Frage zu interessieren, ob es sich empfiehlt, de lege ferenda für eine Zulassung und Anerkennung der Erziehungsverträge einzutreten. Zu beantworten ist also nicht die Frage: Gibt das geltende Recht eine Handhabe, die Rechtsgültigkeit von Erziehungsverträgen festzustellen, sondern vielmehr, ob bei einer völligen Umschaffung der geltenden Vorschriften die gesetzliche Sanktionierung derartiger Verträge in Hinsicht auf die Scheidung, das Recht und die Pflicht am Kinde (beides wird stets bestehen bleiben müssen) und im Interesse des Kindes empfehlenswert erscheint.

Was zunächst die Wirkung der Erziehungsverträge auf die Scheidung anbetrifft, so soll gewiß nicht verkannt werden, daß durch die Zulassung einer die Eltern bindenden Uebereinkunft über das Personensorgerecht manche Ehen leichter gelöst werden oder überhaupt erst gelöst werden können, sofern die Verträge über die Verteilung der Kinder v o r Einleitung der Scheidung geschlossen wer-

[16]) Mot. S. 627, 336.
[17]) S. 156 ff.
[18]) z. B. Roch, Verträge § 8.

den. Es fragt sich aber, ob diese Möglichkeit leichterer Lösung eine Gefahr bedeutet für die Aufrechterhaltung der Ehe, um die der Gesetzgeber im Staatsinteresse besorgt sein muß. Das hängt von der weiteren Frage ab, welche grundsätzliche Ueberlegung den Gesetzgeber zwingt, in Gesetzgebung und Verfassung für die Aufrechterhaltung der Ehe einzutreten. Es ist der Gedanke von der staatserhaltenden Kraft der Ehe, von der die Gesetzgebung beherrscht ist und grundsätzlich auch weiterhin wird beherrscht werden müssen. Wenn auch nicht im BGB, so ist dieser Grundsatz doch in Art 119 RV zum Ausdruck gekommen, in dem es heißt:

> „Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung."

Dieser Gedanke tritt dann auch eindeutig in den Vorschriften des BGB über die Ehe als Lebensgemeinschaft in Erscheinung.

Dieser Idee würden jedoch die Erziehungsverträge nicht zuwiderlaufen, denn auch bei Nichtzulassung würde die Scheidung der Ehegatten in der Regel nicht vermieden werden. Abgesehen vielleicht von dem Fall, in dem die zerrüttete Ehe der Eltern nur deshalb nicht geschieden wird, weil keiner der Ehegatten die Gefahr tragen will, im Scheidungsprozeß für schuldig und damit der Kinder für verlustig erklärt zu werden, er vielmehr die Ehe, um eben nur das Recht an den Kindern zu behalten, bestehen läßt. Würde also zwar eine solche Ehe, bliebe es bei der jetzt geltenden Regelung des § 1635, aufrecht erhalten werden, so ist dazu zu bemerken, daß fraglos unter dem Gesichtspunkt der staatserhaltenden Kraft der Ehe dem Staate an dem Bestand einer solchen Ehe nicht gelegen sein kann. Eine Ehe, die keine Gemeinschaft der Ehegatten mehr zur Grundlage hat, hat keine Kraft mehr, ganz abgesehen davon, wie schlecht dabei das Interesse des Kindes gewahrt ist.

Hinsichtlich derjenigen Ehen, die, was die Regel bilden wird, auch ohne Zulassung der Erziehungsverträge und Beibehaltung einer festen Norm, zur Scheidung kommen würden, würden die Erziehungsverträge nur, ganz abgesehen von der Wahrung der Interessen des Kindes, die Scheidung als solche erleichtern. Sie würden das Prozeßverfahren insofern vereinfachen und erleichtern, als nicht mehr der Kampf um die Frage, wer der schuldige Teil ist, der Kinder wegen mit derartiger Hartnäckigkeit geführt zu werden braucht und damit gleichzeitig nacheheliche Streitigkeiten und alle sich aus der Kinderverteilung ergebenden Unzuträglichkeiten in der Regel werden vermieden werden können.

Mag es nach dem Vorstehenden so scheinen, als ob durch die Zulassung der rechtsgültigen Erziehungsverträge vor und während der Scheidung nur den Eltern geholfen werde, indem sie ihnen eine

friedlichere Scheidung und ein weniger langwieriges Scheidungsverfahren ermöglichen, so ist das nur zum Teil richtig. Denn ohne Zweifel wird auch durch die bloße Tatsache der freien, nicht einer gesetzlichen Schablone unterworfenen Einigung der Eltern und den dann folgenden Scheidungsprozeß, in dem nicht mehr, wie gegenwärtig, die Kinder den eigentlichen Streitgegenstand bilden, dem Interesse der Kinder am Besten gedient.

Das „Interesse des Kindes", ist der ungeheuer wichtige Gesichtspunkt, unter dem die Regelung der Kinderzuteilung bisher, wenn auch durchaus unvollkommen gestanden hat und auch in einer neuen Gesetzgebung, und zwar in dieser einzig und allein, stehen muß. Nach Scheidung der Ehe muß sich das Interesse des Gesetzgebers ganz naturgemäß den Kindern zuwenden. Im geltenden Recht ist dies durch die Regelung für den Normalfall in höchst problematischer Weise geschehen.

Man wird sich jedoch fragen müssen, ob durch die Zulassung von Erziehungsverträgen dem offenbaren Fehler dieser Norm, der ungenügenden Wahrung des Kindesinteresses, abgeholfen werden kann. Diese Frage ist nicht unbedingt zu bejahen. Wenn auch ohne weiteres zugegeben werden muß, daß in der Regel die Eltern viel besser wissen, als es das Vormundschaftsgericht je wird wissen können, was ihren Kindern am besten frommt, so liegt doch eine gewisse, nicht zu unterschätzende Gefahr darin, es zunächst einzig und allein den Eltern unter sich zu überlassen, wie über die Kinder verfügt werden soll. Nur allzuleicht wird bei solchen Verträgen das Interesse der Eltern, anstatt das der Kinder, die entscheidende Rolle spielen. — Dieser Gefahr soll durch das gesetzlich festzulegende Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung derartiger Verträge begegnet werden. Dies muß zwar als ausreichende Sicherheitsmaßnahme angesehen werden, sofern sich die Prüfung des Vormundschaftsgerichts gründlich auf die entscheidende Frage erstrecken wird, ob die zwischen den Eltern geschlossenen Verträge den Interessen der Kinder entsprechen. Aber wenn schon das Vormundschaftsgericht bei jedem ihm vorgelegten Erziehungsvertrag gründlich die Frage zu prüfen haben wird, ob das Interesse des Kindes in dieser Form gewahrt ist und gegebenenfalls von seinem Vetorecht Gebrauch machen wird, so erscheint die Frage berechtigt, warum erst ein Vertrag der Eltern, der doch der Prüfung durch das Vormundschaftsgericht unterliegen soll, zugelassen werden soll, und nicht vielmehr in jedem Falle nur das Vormundschaftsgericht die Entscheidung über die Zuerkennung des Personensorgerechts treffen soll. Ein Vorteil könnte vielleicht darin liegen, daß dem Vormundschaftsgericht die Entscheidung erleichtert wird; aber auch das ist nur in sehr beschränktem Maße möglich, da das Vormundschaftsgericht durch § 12 FGG gebunden ist, seinerseits alle Ermittelungen

anzustellen, die es für erforderlich erachtet. Der Grundgedanke, der für Zulassung der Erziehungsverträge sprechen soll, daß nämlich die Eltern am besten wissen, was ihren Kindern frommt, kann auch ohne Verträge verwirklicht werden, indem das Vormundschaftsgericht die Parteien hört und möglichst, soweit dies mit den Interessen des Kindes vereinbar ist, den in diesen begründeten Wünschen entgegenkommt.

Einzig berechtigt erscheint hierzu das Vorbringen der Forderung, daß bei einer neuen Gesetzgebung in der vorliegenden Frage möglichst jeder Zwang vermieden werden, dieser vielmehr die ultima ratio sein sollte[19]). Zuzugeben ist, daß, wenn auch die von den Eltern vorgeschlagene Lösung nicht die absolut beste ist, eine andere, ihnen zwangsweise auferlegte, scheinbar bessere Verteilung gerade des Zwanges wegen erheblich an Wert verliert. Es erscheint daher die Forderung Munks[20]) berechtigt, daß der Vormundschaftsrichter, wenn die Vereinbarung der Eltern den Interessen des Kindes widerstreitet, versuchen soll, eine andere, das größtmöglichste Wohl der Kinder garantierende Einigung unter den Eltern zu erzielen, und er erst nach fehlgeschlagenem Versuch seine Anordnung von Amtswegen treffen soll.

Dieses psychologische Moment ist in seiner Wichtigkeit nicht zu unterschätzen. Ganz abgesehen davon, daß die Beachtung gerade dieses Moments dem Charakter der neuen Scheidungsreform entspricht und als solche zu begrüßen sein wird, ist nicht zu übersehen, wie sehr dem Interesse des Kindes damit gedient ist, wenn über der Scheidung der elterlichen Ehe nicht mehr das Damokles-Schwert der quasi strafweisen Entziehung der Kinder schwebt, die Regelung der Kinderverteilung nach Scheidung der Ehe vielmehr den Charakter des freiwilligen Verzichts oder der Einigung trägt, und das Vormundschaftsgericht nur als aufsichtsführende Instanz fungiert. Andererseits mag es richtig sein, daß die Tatsache, daß alle derartigen Verträge von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig sind, den Eltern die nötigen Gesichtspunkte für ihre Einigung geben wird.

Es fragt sich aber doch, ob dieses psychologische Moment ausschlaggebend sein darf, zumal wenn man bedenkt, daß die Zulassung von Erziehungsverträgen dem Grundsatz widersprechen würde, daß die Eltern die elterliche Gewalt nicht nur als Recht, sondern auch als Pflicht innehaben. Dieser schon von den Motiven gebrachte Einwand muß im Hinblick auf § 1631 BGB zu Bedenken Anlaß geben. Zu prüfen ist aber, ob die vom Gesetzgeber hinsichtlich der elterlichen Gewalt getroffene Begriffsbestimmung für die vorliegende Frage ausschlaggebend sein muß und darf.

---

[19]) Roch, S. 133.
[20]) J. W. 25, S. 309 f.

Unbestrittenermaßen kann auf eine Pflicht nicht verzichtet werden. Sollte es jedoch nicht möglich sein, das Recht von der Pflicht zu trennen? Es muß für angängig angesehen werden, daß auf das Recht allein verzichtet werden kann, die Pflicht dann eben solange in der Schwebe bleibt, bis ein Grund gegeben ist, den Rechtszustand auf Grund der Pflicht wieder zu ändern. Hinsichtlich des Verzichts auf die elterliche Gewalt durch einen Erziehungsvertrag wäre die Gestaltung der Lage dann folgende, daß Eltern auf Grund Vertrages einerseits auf ihr Erziehungsrecht verzichten können, andererseits, wenn ihnen die Pflicht es im Interesse des Kindes zu gebieten scheint, ihnen die Möglichkeit gegeben ist, das Vormundschaftsgericht zur Aufhebung des Vertrages unter eben diesen Gesichtspunkten zu veranlassen. Es müßte daher in die zu schaffende gesetzliche Bestimmung aufgenommen werden, daß das Vormundschaftsgericht befugt ist, jederzeit die von ihm genehmigte Einigung der Eltern oder die von ihm getroffene Anordnung wieder aufzuheben Auf diese Weise würde das Interesse des Kindes und auch die Elternpflicht in einer den praktischen Bedürfnissen entsprechenden Weise gewahrt bleiben.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Gründe, die für die Zulassung der Erziehungsverträge sprechen, doch so erheblich sind, daß ihre gesetzliche Anerkennung befürwortet werden muß, unter der Bedingung, daß ihre Rechtswirksamkeit an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden und dieses ermächtigt wird, den Vertrag, wenn das Interesse des Kindes es gebietet, jederzeit wieder aufzuheben. Kommt eine Einigung der Eltern nicht zustande, so soll das Vormundschaftsgericht seinerseits eine Anordnung treffen.

Welcher Gesichtspunkt soll nun für diese evtl. vom Vormundschaftsgericht zu treffende Anordnung maßgebend sein? Einzig und allein das Interesse des Kindes, nicht eine feste, vom Gesetzgeber ohne Individualisierungsmöglichkeiten aufgestellte Norm. Das ist der zweite große Gesichtspunkt, unter dem die Abänderung des § 1635 gefordert wird.

§ 12. Bisher galt dieser Grundsatz nur für den Fall der abweichenden Anordnung, d. h. für den Fall, daß die Durchführung der Norm des § 1635 I 1 zu Schwierigkeiten führte. Die Befugnis des Vormundschaftsgerichts aus § 1635 I 2 fand jedoch verhältnismäßig selten Anwendung, da das Vormundschaftsgericht in der Regel erst dann einschritt, wenn ihm Schwierigkeiten dieser Art etwa von interessierter Seite amtlich mitgeteilt wurden.

Für das neu zu schaffende Recht wird gefordert, daß sich das Vormundschaftsgericht von Amtswegen bei jeder geschiedenen Ehe mit der Frage zu befassen habe, bei welchem der Ehegatten das

Kind untergebracht werden soll und sein Interesse am besten gewahrt ist. Diejenigen, die sich für die Zulassung von Erziehungsverträgen aussprechen, wollen dem Vormundschaftsgericht nur für den Fall, daß der Erziehungsvertrag nicht genehmigt und eine andere Einigung nicht erzielt werden kann, die Befugnis eingeräumt wissen, seinerseits im Wege der Verfügung unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses eine Anordnung zu treffen. Im Gegensatz hierzu, d. h. ohne sich über die Zulassung von Erziehungsverträgen zu erklären, bringen andere[21]) die Forderung ein, das Vormundschaftsgericht oder das Prozeßgericht solle nach jeder Eheschließung bindende Verfügungen über die Kinderverteilung treffen.

Wenn man der Frage nachgeht, ob es sich bei einer zutreffenden Umwandlung des bisherigen Rechts der Personensorge der Kinder geschiedener Ehen empfehlen wird, unter Verzicht auf jede für den Regelfall gesetzlich festgelegte Norm, in jedem Fall den Richter die über die Personensorge zu erlassenden Verfügungen treffen zu lassen, so wird zunächst zu prüfen sein, ob und unter welchen Gesichtspunkten die Abschaffung der Vorschrift des § 1635 I 1 erforderlich ist. Erst dann wird zu der weiteren Frage Stellung zu nehmen sein, wie nach der evtl. Abschaffung der Norm des § 1635 I 1 weiter zu verfahren sein wird.

Zur Klärung dieser Fragestellung und zur Aufzeigung der zweifellos bestehenden Mängel der geltenden Bestimmung des § 1635 I 1 wird man versuchen müssen, den Gedankengängen des Gesetzgebers, die ihn zur Schaffung dieser Norm veranlaßt haben, nachzugehen.

Der Gesetzgeber entscheidet die Frage wem von den Ehegatten nach Scheidung der Ehe die Personensorge zustehen soll, nach dem Schuldigspruch des Scheidungsurteils.

Es bedarf nicht der Prüfung und besonderen Feststellung, daß der Gesetzgeber nicht etwa der Ansicht war, auf Grund des Schuldigspruchs eines Scheidungsurteils feststellen zu können, daß der für schuldig erklärte Ehegatte nicht zur Erziehung geeignet, daher ihm das Recht der Personensorge abzusprechen sei, oder daß er etwa meinte, durch diese Norm eine den Interessen des Kindes in jedem Fall entsprechende Lösung der Frage der Personensorge-Uebertragung zu finden. Doch seien hierzu die Motive[22]) zitiert, die folgendes ausführen:

„Mit der Scheidung so weitgehende Folgen (wie das französische Recht, das den Verlust der elterlichen Gewalt an den Schuldigspruch

---

[21]) siehe z. B. Lehmann, S. 174 vgl. auch Schweden, Gesetz neben eheliche Kinder vom 11. Juni 1920.

[22]) IV S. 627.

knüpft[23]) zu verbinden, führt nicht allein zu großen Härten gegen den schuldigen Eheteil, zumal die Fälle nicht selten so liegen, daß derjenige Ehegatte, welcher im Scheidungsurteil für schuldig erklärt worden ist, doch vom moralischen Standpunkt aus als der weniger schuldige Teil anzusehen ist, sondern kann auch hauptsächlich mit Rücksicht auf das in erster Linie zu wahrende Kindesinteresse, als angemessen nicht betrachtet werden. Der Umstand, daß ein Ehegatte für schuldig erklärt wurde, beweist nur, daß er sich gegenüber dem anderen Ehegatten vergangen hat, nicht immer aber, daß das Gleiche gegenüber seinen Kindern geschehe."

Dadurch also, wollen die Motive sagen, daß ein Ehegatte für schuldig erklärt wurde, ist noch lange nicht in der Regel der Beweis erbracht, daß er auch eine zur Innehabung der elterlichen Gewalt unfähige Person sei[24]).

Schon in den Motiven tauchte demnach der Gedanke auf, der von den Vertretern der Reformbestrebungen des § 1635 I 1 immer wieder betont wird: Daraus, daß ein Ehegatte sich gegen den anderen vergangen hat, folgt nicht, daß er unfähig sei zur Erziehung der ehelichen Kinder.

Wenn der Gesetzgeber trotzdem die Vorschrift des § 1635 I 1 schuf, so hat das seinen Grund darin, daß er von vornherein und für alle Fälle eine feste Norm schaffen wollte, damit die Ehegatten sich, bevor einer von ihnen auf Scheidung klagte, durchaus darüber im Klaren sein sollten, welche Folgen hinsichtlich der Kinder mit einer Für-Schuldigerklärung verbunden sind.

Die Aufstellung einer fest umgrenzten Norm hat also erzieherische Gründe. Indem sie den Eltern klar und eindeutig sagt, daß mit einem Schuldigspruch für einen von ihnen der Verlust der Kinder (als solchen muß man die Entziehung der Personensorge doch wohl betrachten) verbunden ist, will sie darauf hinwirken, daß die Ehegatten es sich im Hinblick auf die Kinder genau überlegen sollen, ob sie zur Scheidung schreiten wollen und die sich an den eventuellen Schuldigspruch des Scheidungsurteils hinsichtlich der Kinder knüpfenden Konsequenzen übernehmen wollen. Zwar mag es Fälle geben, in denen gewissenlose Eltern den Verlust der Kinder als Befreiung von einer ihnen unbequemen Last empfinden; doch damit hatte der Gesetzgeber in erster Linie nicht zu rechnen. Er mußte vielmehr entscheidend in Betracht ziehen, daß in der Regel selbst bei einer tiefgehenden Entzweiung der Ehegatten diese die Kinder als ihr höchstes Gut betrachten, es also gewissermaßen als

[23]) code civil Art. 302.
[24]) vgl. auch RGZ 102, S. 286.

eine Strafe empfinden, wenn ihnen auf Grund des sie für schuldig erklärenden Scheidungsurteils die Kinder genommen werden.

Wenn somit festgestellt werden muß, daß die grundsätzliche Bestimmung des § 1635 I 1 erzieherische Gründe hat, indem sie quasi den Eltern als Strafe für die Schuldigerklärung den Verlust der Kinder auferlegt, so ergibt sich daraus ohne weiteres, daß eine Entscheidung dieser höchst schwierigen Frage in dieser Form und unter diesem Gesichtspunkt nicht den Erfordernissen entspricht, welche an sie gestellt werden müssen, geschweige ihnen nur annähernd gerecht werden kann.

Es ist nicht haltbar, daß sich das begründete Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung der Ehe auch in so weit gehender Weise auf die Kinder erstreckt. Gerade bei dieser Norm ist übersehen worden, daß bei Ehen, die scheidungsreif sind, nicht das Interesse der Eltern eine Rolle zu spielen hat. Es muß vielmehr im neuen Recht von dem Gedanken ausgegangen werden, daß die Scheidung durch das starre Verschuldensprinzip nicht unbillig erschwert werden darf. Dann aber rückt mit einem Male der Gesichtspunkt entscheidend in den Vordergrund, der maßgebend sein muß für alle nach der Scheidung einer Ehe zu treffenden Verfügungen: das Interesse des aus der Ehe hervorgegangenen Kindes. Das Kind, der heranwachsende Staatsbürger und damit kommendes Glied des Volkes, muß mit Hilfe des Staates, Erhaltung der Volkheit, so untergebracht und erzogen werden, daß es später dem Staate zu dienen imstande ist. Diese Pflicht wird vom Staat am besten dadurch erfüllt, daß er dafür Sorge trägt, unter den geschiedenen Ehegatten demjenigen die Erziehung zu übertragen, der am besten zu ihrer Wahrnehmung und Ausübung fähig und imstande ist; im Falle, daß keiner der Ehegatten für tauglich angesehen werden kann, muß das Kind dritten Personen zur Erziehung anvertraut werden.

Diese Lösung vermag den an die Regelung der Personensorge nach Scheidung der Ehe zu stellenden Anforderungen am weitesten gerecht zu werden; auf keinem Gebiete ist wohl die größte Individualisierung so sehr geboten, wie in der Unterbringung und Erziehung der Kinder geschiedener Ehen, wo die Reflexe des ohne Zweifel für sie unglücklichen Ereignisses der Scheidung der elterlichen Ehe und der damit erforderlich werdenden Trennung von einem Elternteile, häufig besonders stark, in jedem Falle aber verschieden sind.

Stimmt man einer solchen Umwandlung der Bestimmung des § 1635 in der Theorie zu, so ergibt sich für die Praxis daraus die schwierige Frage, wer für die Entscheidung über die Erziehungsfähigkeit zuständig sein soll, und wem die Kinder gegeben werden sollen, wenn beide Eltern gleichmäßig erziehungsfähig erscheinen

Was, zunächst vorausgenommen, die letzte Frage anbetrifft, so schlägt Marie Munk[25]) für diesen Fall vor, dem nicht schuldigen Ehegatten die Kinder zu überlassen. Diesem Vorschlag ist beizustimmen, denn man wird wohl sagen können, daß bei gleichwertigen Erzieherqualitäten derjenige Elternteil, der in der Scheidung unschuldig ist, ein moralisches Plus vor dem anderen Teile hat. Und dieses wird in solchen Fällen den Ausschlag geben müssen. Schwieriger wird diese Frage, wenn beide Ehegatten im Scheidungsurteile für schuldig erklärt worden sind und sich ebenfalls beide in gleichem Maße für die Erziehung der Kinder eignen. In einem solchen Falle würde die Entscheidung von der zuständigen Behörde, möglichst im Wege einer gerechten Verteilung der Kinder unter den Eltern zu treffen sein.

Was die Frage anbetrifft, welche Behörde zuständig sein soll, über die Erziehungsfähigkeit der Eltern und damit über die Verteilung der Kinder zu entscheiden, so kommt hierfür das Prozeßgericht und das Vormundschaftsgericht in Frage.

Lehmann[26]) hat in seinem „Familienrecht" vorgeschlagen, dem Prozeßgericht, welches das Scheidungsurteil gefällt hat, die nötigen Entscheidungen und Verfügungen zu überlassen. Bestimmend für diesen Vorschlag scheint die Ansicht gewesen zu sein, daß der Prozeßrichter sich im Laufe des Ehescheidungsprozesses ein Urteil über die moralischen Qualitäten der Eltern hat bilden können. Mag dies auch für manche Fälle, in denen es sich um Scheidungen wegen lasterhaften Lebenswandels oder wegen Trunksucht handelt, zugegeben werden, so läßt doch, wenn es sich, was am häufigsten vorkommt, um Scheidung wegen Ehebruchs handelt, ein Scheidungsprozeß, wenn er schon gewisse Rückschlüsse auf die Moralität der Eheleute zuläßt, hinsichtlich der Erziehungsfähigkeit der Eheleute kein Urteil zu. In dieser Hinsicht müßten also von seiten des Prozeßgerichtes vollständig neue Ermittlungen angestellt werden.

Solche Ermittlungen würden eine große Belastung des Prozeßgerichtes darstellen. Den damit verbundenen Schwierigkeiten würde auch kaum dadurch abgeholfen werden, daß man besondere Kammern, die ausschließlich für Ehescheidungen zuständig wären, einrichtete.

Es würde sich demnach meines Erachtens empfehlen, eine andere Behörde mit den zur Entscheidung der Frage der Kinderzuteilung erforderlichen Ermittlungen zu betrauen. Eine Trennung des Scheidungsverfahrens von dem Verfahren betreffend die Verteilung der Kinder hat praktisch keine Bedenken, da irgend welche

[25]) vgl. Anm. 2, S. 95.
[26]) Familienrecht S. 174.

Feststellungen bezüglich der erzieherischen Qualitäten der Eltern — wie schon bemerkt — aus dem Scheidungsprozeß heraus in der Regel nicht getroffen werden können, die Ermittlungen also meistens ganz von neuem angestellt werden müßten. Für letztere ist das Vormundschaftsgericht die geeignete Behörde. In enger Zusammenarbeit mit den Jugend- und Wohlfahrtsämtern sind ihr die für diese Ermittlungen erforderlichen Mittel an die Hand gegeben. Es ist freilich nicht zu verkennen, daß damit in gewissem Sinne die Schuldfrage aus dem Scheidungsprozeß an das Vormundschaftsgericht abgegeben wird. Die Ermittlungen des Vormundschaftsgerichts nämlich werden sich zunächst darauf erstrecken müssen, festzustellen, welchen Lebenswandel die Ehegatten führen. Alsdann müssen u. U. von Amtswegen (§ 12 FGG!) eheliche Fehltritte, die im Scheidungsprozeß unerörtert geblieben waren, aufgegriffen werden, um die Frage zu klären, ob die Ueberlassung des Kindes an den einen oder anderen Ehegatten im Interesse des Kindes liegt oder nicht.

Eine derartige Kollision wird kaum zu vermeiden sein, jedoch wird die Entscheidung über die Schuldfrage keinesfalls entscheidend ins Gewicht fallen dürfen, vielmehr müssen die Ermittlungen des Vormundschaftsgerichts weitergehen, wenn sie die Wahrung des Kindesinteresses durch Feststellungen der Erziehungsqualitäten der Eltern zum obersten Gesichtspunkt haben werden. Für die auf Grund dieser Feststellungen alsdann zu treffende Entscheidung müßte das Vormundschaftsgericht, wo es noch nicht geschehen ist, mit Laien als Beisitzern besetzt werden[27]). Der Wert des Laienelements hierbei besonders ist nicht zu verkennen. Auch wäre das Vormundschaftsgericht eine Behörde, bei der die Mitwirkung weiblicher Richter zu empfehlen wäre, da diese besonders zur Herbeiführung einer Einigung zwischen den Eltern und zur Abwägung der oft sehr subtilen Ermittlungen geeignet erscheinen.

Die Schwierigkeit, ohne jeden äußeren gesetzlichen Anhalt auf dem fraglichen Gebiete für das Leben der Kinder schwerwiegende Entscheidungen zu treffen, ist gewiß groß, jedoch übersteigt sie nicht das Maß ähnlicher, vom Vormundschaftsgericht täglich zu treffender Entscheidungen.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß nach den obigen Ausführungen dem Gesetzesvorschlag von Marie Munk in allen Punkten beizustimmen ist. Was wir von der neuen Gesetzgebung verlangen, ist also folgendes:

Vor oder nach Scheidung der Ehe können die Eltern bindende Vereinbarungen über die elterliche Gewalt treffen. Diese bedürfen der vor-

[27]) wie z. B. in Hamburg.

mundschaftsgerichtlichen Genehmigung, sowie der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Wird die Genehmigung vom Vormundschaftsgericht versagt und kommt eine andere Einigung nicht zustande, so entscheidet das Vormundschaftsgericht im Interesse des Kindes, wem von den Ehegatten die elterliche Gewalt zustehen soll.

Das Vormundschaftsgericht kann die Vereinbarung der Eltern, sowie seine eigene Anordnung jederzeit aufheben oder ändern, wenn das Interesse des Kindes es erfordert.